

# **UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

## **FACULTAD DE DERECHO**

### **Departamento de Derecho Constitucional**



### **EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET**

#### **MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR**

#### **PRESENTADA POR**

Rosa María García Sanz

Bajo la dirección del doctor

Alfonso Fernández Miranda Campoamor

**Madrid, 2004**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Constitucional

EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET

Rosa M<sup>a</sup> García Sanz  
Madrid, 2003

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID  
FACULTAD DE DERECHO

## EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET

Rosa M<sup>a</sup> García Sanz

Director: Profesor.  
Dr. Alfonso Fernández Miranda Campoamor

---

Madrid, Diciembre, 2003

# EL DERECHO EN INTERNET

Profesor: Director:

D. Alfonso Fernández Miranda Campoamor

Rosa M<sup>a</sup> García Sanz

# INDICE

---

INTRODUCCIÓN .....	7
1. Delimitación Del Tema: Objeto Del Trabajo .....	8
2. Hipótesis De Investigación .....	11
3. Metodología .....	11
4. Observaciones Documentarias .....	16
CAPITULO I. EL EQUILIBRIO VIGENTE:	
INTERESES PRIVADOS DEL AUTOR / INTERESES PUBLICOS DE LA SOCIEDAD. ....	18
1.1 Objeto Protegido: Equilibrio en el Acceso a la Información Libre / Información Restringida .....	22
1.1.1. Hechos E Ideas / Expresión. Delimitación de la Protección. ....	23
1.1.2. Originalidad / Fijación en un Soporte: Requisitos de Protección. Obras de Autoría y Otros Materiales Informativos. ....	23
1.2. Sujetos Protegidos. Autor / Público. ....	25
1.2.1. La Protección de los Autores. ....	26
1.2.2. Protección de Sujetos Empresariales: Editores y Productores. ....	30
1.2.3. Protección del Público: Sus Derechos. Su Tránsito. Las Infracciones y los Usos Permitidos.....	31
1.3. El Equilibrio de Intereses: Derechos Exclusivos Y Sus Límites. ....	34
1.3.1. Derechos de Explotación: Exclusividad y Limitabilidad. ....	35
1.3.2. Derechos Morales: Exclusividad e Ilimitabilidad. ....	36
1.4 La Transmisión de Derechos. ....	39
1.4.1. La Decisión Primera de Dar a la Sociedad La Obra /La Protección Jurídica Estatal y la Compensación Económica. ....	40
1.4.2. La Transmisión Inter. Vivos y Mortis Causa.....	42

1.5	Temporalidad: Dominio Público /Dominio Privado: Los Plazos. ....	43
1.6.	Espacialidad. ....	43
1.6.1.	Espacio Público /Espacio Privado. Eficacia del Derecho de Autor con la Publicación. ....	44
1.6.2.	El Principio de Territorialidad. ....	44
1.7.	Formalidades. Carencia de Valor Jurídico Sustantivo. ....	45
CONCLUSIONES .....		45
CAPITULO II LA PROBLEMÁTICA TECNICO-JURIDICA DEL DERECHO DE AUTOR EN EL CIBERESPACIO. LA QUIEBRA DEL EQUILIBRIO ACTUAL. ...		
2.1.	La Exclusividad Técnica de Internet. ....	49
2.2.	El Objeto de Protección: La Creación en el Ciberespacio. ....	54
2.2.1.	La Originalidad que Fluye por Internet. Obras de Autoría y Otros Tipos. ....	58
2.2.2.	La Fijación Material de la Información On-Line. ....	61
2.3.	Sujetos Protegidos: La Autoría en el ciberespacio. ....	64
2.3.1.	Todos los Usuarios Autores en Internet? ....	66
2.3.2.	Explosión de la Coautoría o Aparición de Nuevas Formas de Creación. ....	68
2.3.3.	Fortalecimiento o Debilitamiento de los Titulares de Derechos Afines. ....	71
2.3.4	Desaparición y Emergencia de Sujetos. Proveedores, Operadores y Usuarios. ....	72
2.3.5.	El Público Infractor en Internet o su Ejercicio Pleno del Derecho a la Información. ....	78
2.4.	Contenido: Derechos Exclusivos. ....	82
2.4.1.	Derechos de Explotación. Todos los Derechos Reducidos a un solo Acto de Transmisión. ....	83
2.4.1.1.	Hay Copia en Internet y Quién Copia? Imposibilidad Técnica de Control. La Tradición del Copyright que se pierde en el Ciberespacio. ....	87
2.4.1.2.	El Peligro de Desaparición de Sectores Industriales-Empresariales. ....	90

2.4.1.3.	La Transmisión de Derechos: Quién Pide Autorización y a Quién Se Transfieren Los Derechos Exclusivos Del Autor. ....	91
2.4.1.4.	Límites. Derechos Sin Límite o Límites Interminables En Internet. ....	93
2.4.2.	Derechos Morales. ....	101
2.4.2.1.	La Decisión de Difusión, Paternidad e Integridad y Otros. Cuáles Controla y Decide el Autor?. ....	102
2.4.2.2.	La Tradición de los Derechos Morales que se Pierde en el Ciberespacio. ....	104
2.5	Temporalidad en Internet. Un Medio sin Tiempo...	104
2.5.1.	El Fin de los Plazos?. ....	105
2.5.2.	Disolución del Dominio Público /Dominio Privado....	106
2.6.	El Espacio. ....	106
2.6.1.	El Fin de las Fronteras en Internet?. ....	108
2.6.2.	Disolución Espacio Público /Espacio Privado. ....	109
2.7.	Formalidades. Su Pérdida de Valor o la Necesidad de una Nueva Burocracia. ....	110
CONCLUSIONES .....		110
CAPITULO III APLICACIÓN DEL REGIMEN VIGENTE		
EN INTERNET. ....		114
3.1.	Objeto Protegido: Información Libre / Información Restringida .....	117
3.1.1.	La Protección Posible: Aplicación Automática. ....	118
3.1.2.	Lo que queda Fuera de Protección: Necesidad de Medidas Técnico /Jurídicas. ....	119
3.1.2.1.	Falta de Originalidad. ....	120
3.1.2.2.	Fijación. ....	125
3.1.2.3.	Hechos e Ideas. ....	129
3.1.3.	Derechos Fundamentales que se Fortalecen o Resienten. ....	138
3.2.	Sujetos Protegidos: Autor /Público. ....	137
3.2.1.	Sujetos que Pueden Invocar Automáticamente la Protección Jurídica Vigente .....	140

3.2.2.	Sujetos Fuera de Protección Vigente: Necesidad de Medidas Técnico /Jurídicas. ....	147
3.2.3.	Derechos Fundamentales que se Fortalecen o Resienten. ....	149
3.3.	<b>Contenido: los Derechos Exclusivos y sus Límites</b> .....	149
3.3.1.	Derechos de Explotación. ....	150
3.3.1.1.	Facultades de Protección Automática.....	150
3.3.1.2.	Facultades Fuera de Protección: Necesidad de Medidas Técnico/ Jurídicas.136	
3.3.1.3.	Cesión. Su Aplicación y Cambios .....	163
3.3.2.	Derechos Morales: Facultades de Aplicación Automática. Facultades Fuera de Protección: Necesidad de Medidas Técnico / Jurídicas.....	167
3.3.3.	Límites: Límites Aplicables y Límites Inaplicables: Necesidad de Medidas Técnico / Jurídicas. .	171
3.3.4.	Los Derechos Afines: Su Aplicabilidad o la Necesidad De Medidas Técnico / Jurídicas.....	179
3.3.5.	Derechos Fundamentales que se Fortalecen o Resienten. ....	180
3.4.	<b>Los Plazos. Su Difícil Cómputo. La Posible Necesidad de Medidas Técnico / Jurídicas.</b> .....	182
3.5.	<b>Territorialidad: Derecho Aplicable y Jurisdicción.</b> .....	182
3.5.1.	Su Posible Identificación y Aplicación. ...	184
3.5.2.	Su Difícil Determinación: Necesidad de Medidas Técnico / Jurídicas. ....	186
<b>CONCLUSIONES.</b> .....		186
 <b>CAPITULO IV IMPACTO EN LOS PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES</b> .....		
		190
4.1.	<b>El Gobierno de Internet: Del Sistema Técnico y de las Conductas en su Espacio.</b> .....	191
4.2.	<b>Impacto Constitucional de la Desnaturalización Técnica en el Equilibrio Informativo: Información Libre /Información protegida</b> .....	193
4.2.1.	Impacto en los Valores y Principios Comunitarios Democráticos. ....	196
4.2.2.	Impacto en los Valores y Principios de Publicidad y Privacidad. ....	203



4.2.3.	Impacto en los Valores y Principios de Individualidad y de Estatalidad .....	208
4.2.4.	Impacto en los Valores y Principios de Territorialidad y Universalidad. ....	215
4.3	<b>Impacto Constitucional en los Principios y Valores de Libre Creación y Libre Información. ....</b>	<b>219</b>
4.3.1.	Impacto en el Contenido Esencial del Derecho de Autor. Y sus Consecuencias Constitucionales.....	220
4.3.2.	Impacto en el Contenido Esencial del Derecho a la Información. Y sus Consecuencias Constitucionales.	223
<b>CONCLUSIONES.....</b>		<b>226</b>
<b>CAPITULO V</b>	<b>HACIA UN NUEVO DERECHO DE AUTOR EN INTERNET :PROPUESTA DE ORDENACIÓN....</b>	<b>230</b>
5.1.	<b>Hacia una Nueva Regulación Jurídica del Derecho de Autor. ....</b>	<b>231</b>
5.1.1.	Los Principios Jurídicos Ordenadores. ....	235
5.1.2.	Acotación Jurídica De La Nueva Realidad En La Red Para El Derecho De Autor. ....	238
5.2.	<b>El Objeto de Permanente e Ineludible Protección: la Creación. ....</b>	<b>243</b>
5.2.1.	El Nuevo Valor Jurídico de los Elementos en Internet. ....	244
5.2.2.	La Creación en el Espacio Virtual: Propuesta de Categorización. ....	248
5.3.	<b>Redefinición del Contenido Esencial: El Triunfo de las Facultades Morales. ....</b>	<b>256</b>
5.3.1.	Las Facultades que ya No Son Inherentes al Contenido Esencial. ....	259
5.3.2.	Las Facultades Esenciales que se Muestran Resistentes y Relevantes. ....	261
5.3.3.	La Coincidencia del Contenido Moral y Económico o el Triunfo de las Facultades Morales. ...	264
5.3.4.	La Cesión de Facultades en la Red. ....	265
5.4.	<b>Los Sujetos del Derecho de Autor en Internet. ..</b>	<b>265</b>
5.4.1.	Autor / Público o la Coincidencia de Intereses. ....	265
5.4.2.	Otros Sujetos. ....	268

5.5.	El Espacio y el Tiempo Virtuales. ....	269
5.5.1.	La Virtualidad de lo Público / Privado. ...	270
5.5.2.	La Necesidad de Formalidades: El Registro Constitutivo Universal. ....	275
CONCLUSIONES O LÍNEAS BÁSICAS de la PROPUESTA.....		275
BIBLIOGRAFÍA.....		284

## INTRODUCCIÓN

---

## 1.- Delimitación del Tema: Objeto del Trabajo

---

La idoneidad del estudio del derecho de autor o propiedad intelectual, en términos legales españoles, en el ámbito del Derecho del Constitucional, puede parecer extraña a algunos sectores doctrinales. Sin embargo, razones tan elementales como el art. 20.1.b de la Constitución Española<sup>1</sup> o el art. 1, sección 8, cláusula 8, de la Constitución Americana<sup>2</sup> convierten el tema sin duda de índole constitucional. Igualmente, puede parecer forzado su tratamiento como derecho fundamental, sin embargo, su íntima conexión y su naturaleza compartida con el derecho fundamental a la información,<sup>3</sup> permite tratar el tema en términos de derechos fundamentales. En el caso español, queda de manifiesto por su encuadre constitucional dentro del propio artículo 20, donde se reconoce y protege al derecho fundamental a la información<sup>4</sup>. En el caso norteamericano, es pacíficamente aceptada la interdependencia del "copyright" y la "First Amendment". Los derechos sobre la información pueden limitar el libre flujo informativo protegido por la Primera Enmienda, pero a su vez el "copyright" es el motor de producción de la libre información<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 20.1.b. "Se reconocen y protegen los derechos: A la producción y creación literaria, artística y técnica".

<sup>2</sup> Article I, Section 8, Clause 8. "The Congress shall have power... To promote the Progress of Science and and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries"

<sup>3</sup> El carácter de derecho fundamental queda patente tanto en la STC 35/1987, de 18 de marzo, como en la STC 153/1985, de 7 de noviembre. Especialmente en esta última, en su Fundamento jurídico quinto, se dice que "el derecho a la producción literaria, artística, científica y técnica, reconocido y protegido en el apartado b) del mencionado precepto constitucional no es sino una concreción del derecho-también reconocido y protegido en el apartado a) del mismo- a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas opiniones, (....)". Discrepa Rubio Llorente, en el Voto Particular formulado en la citada sentencia dice, "A mi juicio, ni la libertad de producción y creación literaria, artística....es una concreción del derecho a expresar y difundir libremente el pensamiento, sino un derecho autónomo, (....). En la primera, STC 35/1987, caso Pablo Serrano, el Tribunal no entra en el fondo de lo planteado al versar sobre un asunto anterior a la entrada en vigor de la Constitución. Pero hay que recordar que admite la demanda de amparo y no tiene escrúpulos en referirse al art. 20.1.b) en términos de derecho fundamental.

<sup>4</sup> En el ámbito doctrinal español, es el ámbito del llamado Derecho de la Información donde más se ha profundizado y estudiado sobre la interrelación entre ambos derechos. Véase, entre otros, DESANTES GUANTER, J.M., *El Derecho de la Información II.*, Madrid, 1994, p. 29 y ss.

<sup>5</sup> "The Supreme Court has echoed Register Ladd's evocation of the beneficial interdependence of copyright and the First Amendment". In *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters*, 471 U.S. 539 (1985), Justice O'Connor emphasized, "it should not be forgotten that the Framers intended copyright itself to be the engine of free expression. By establishing a marketable right to the use of one's expression,, copyright supplies the conomic incentive to create and disseminate ideas" *Copyright for the Vineties.*, GORMAN, ROBERT A. AND GINSBURG JANE C. VIRGINIA, 1993. P.20

Sin embargo, en el contexto español, este planteamiento puede verse enturbiado desde que el Tribunal Constitucional ha afirmado la falta de relación entre el artículo (20.1.b) y los derechos de propiedad intelectual e industrial (ATC 197/82), de 2 de junio, principalmente, y también (ATC 35/87). Se trata, al fin y al cabo, de una materia sobre la que todavía no existe apenas jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>6</sup>, pues la escisión entre "derecho de autor" y "derecho de creación" resulta peregrina cuando se ahonda en su naturaleza. Dice un importante sector doctrinal constitucional "Mientras aquellos son derechos de naturaleza constitucional que se completan básicamente con el propio acto de la creación y expresión sin trabas, los derechos de propiedad intelectual e industrial son derechos sobre la obra ya creada y de naturaleza distinta"<sup>7</sup>. Admitirlo, significaría, "mutatis mutandis" como aceptar el derecho de libertad de pensamiento, por un lado, y el derecho sobre los pensamientos o mensajes mismos que los expresan, por otro. Cuando, precisamente, el primero cobra sentido cuando se protege lo segundo, pues lo contrario vacía de contenido al supuesto derecho de pensamiento<sup>8</sup>. El contenido del derecho de autor -moral y patrimonial<sup>9</sup>, la ley lo contempla, y el mismo Tribunal lo corroboró en la citada sentencia del "caso Pablo Serrano", muestra y distingue su contenido esencial: las facultades morales o espirituales, que son inalienables, irrenunciables e intransmisibles, del posible contenido normal, que bien puede estar constituido por facultades de carácter económico<sup>10</sup>. Ahora bien, no se puede ignorar la íntima conexión de éstas últimas con las primeras<sup>11</sup>, pues, además, como afirma el

---

<sup>6</sup> LÓPEZ GUERRA, LUIS Y OTROS (VVAA)., *Derecho Constitucional*. Vol. I. *El Ordenamiento Constitucional. Derechos y Deberes de los Ciudadanos*., Valencia, 2003, p. 302

<sup>7</sup> Ibid. p. 302

<sup>8</sup> Para pensar no necesitamos ningún derecho legal que nos lo reconozcan, ni aún estando en la mismísima cárcel. Otra cosa es su manifestación.

<sup>9</sup> Ya diferenciado desde 1948 en el art. 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

<sup>10</sup> Se sostiene en esta misma línea de pensamiento, en la citada Sentencia 35/1987, antecedente tercero "El art.20.1.b) de la Constitución, no sólo contiene un derecho de libertad respecto a toda injerencia, proceda de poderes públicos o personas privadas en el proceso espiritual que concluye en una obra literaria, artística, científica o técnica y en la difusión de ésta, sino que constitucionaliza el núcleo esencial del derecho de autor a la protección de sus intereses morales y materiales, que incluyen la paternidad de la obra y la facultad de oposición a las deformaciones, mutilaciones y modificaciones o a cualquier atentado a la obra que cause perjuicio al honor y reputación del artista".

<sup>11</sup> Como se ve en la Ley de Propiedad Intelectual Española, es precisamente cuando el autor decide difundir, cuando se inician los actos de explotación económica.

Tribunal Supremo Americano, la compensación económica al autor es sólo un medio instrumental para promover la creación, con el fin superior del progreso cultural de la Humanidad. Cuando el Tribunal Constitucional tenga la oportunidad de entrar a fondo en esta materia, de seguro que se zanjarán las dudas en torno la naturaleza constitucional y de derecho fundamental del derecho de autor. Cuestión distinta es el posible y distinto nivel de protección que el contenido esencial pueda recibir respecto al resto, que será, por consiguiente, el que establezca su regulación legal.

El continuo progreso técnico y la aparición de nuevos medios de comunicación han ido provocando continuas modificaciones en la regulación del derecho de autor. Nuevos sujetos y nuevos objetos se han tenido que ir reconociendo, ensanchando el contenido del derecho e incluso dando lugar a "otros derechos" conexos al derecho de autor. Históricamente, la institución ha sido capaz de ir asumiendo todos estos cambios técnicos, dejando intacta su esencia jurídica. Sin embargo, la aparición del fenómeno Internet, con una características técnicas exclusivas y revolucionarias en la historia de los sistemas de comunicación, cuestionan la permanencia de la Institución en sus características esenciales, cuando las obras de creación se difunden a través de la Red. Y la interdependencia derecho de autor / derecho a la información se convierte especial y "peligrosamente" conflictiva en el contexto de Internet, poniendo en entredicho el equilibrio existente entre intereses privados del autor /intereses públicos de la Sociedad.

De manera que a este trabajo le interesa el estudio del derecho de autor cuando su ejercicio recae en obras difundidas en Internet, y queda delimitado a sus contornos, sin extenderse más allá. Y en tanto en cuanto la Red es global y la transmisión de la información también, se ha intentado captar la institución en su perfil general, con independencia de Estados y Ordenamientos jurídicos concretos, con el fin de detectar los

puntos problemáticos que provocan la crisis actual del derecho de autor. Ello no quiere decir que no se hayan observado y estudiado las distintas legislaciones y tradiciones jurídicas para llegar a tal fin.

Estas consideraciones previas ayudan a trazar las dimensiones de esta investigación: la problemática del derecho de autor sobre las obras que corren por Internet, provocando nuevas tensiones entre derecho de autor y derecho a la información, con un impacto en los derechos fundamentales, principios y valores constitucionales.

## **2.- Hipótesis de Investigación**

---

Con estas precisiones previas se puede formular así la hipótesis de la investigación, que se deberá convertir en tesis mediante su confirmación científica: si el contenido esencial del derecho de autor queda afectado, tanto si Internet libre como desnaturalizado, revolucionando la Institución, y con las consiguientes consecuencias sobre el derecho a la información, el resto de derechos fundamentales y principios y valores constitucionales.

Las conclusiones no sólo recogerán la tesis central, sino los diversos hallazgos y deducciones que pueden ser útiles para contribuir a configurar un nuevo Derecho de Autor.

## **3.-- Metodología**

---

La delimitación del campo de trabajo ha permitido formular

la hipótesis de investigación, además de servir a dos finalidades de principal importancia: caracterizar más perfectamente el objeto material y el objeto formal, como determinantes de método, y, por otro lado, evitar la extensión del estudio en perjuicio de su profundización. El trazado metodológico, de vital importancia al afrontar un reto científico, obligó a la reflexión "ad hoc" para este específico objeto, a partir de los estudios existentes <sup>12</sup>.

Efectivamente, con un objeto material que es el derecho de autor, reducido por su especificación a la problemática del derecho de autor en Internet, como objeto formal, se muestra la doble vertiente que determina los métodos a utilizar. La naturaleza jurídica y tecnológica del objeto obliga a recurrir a diferentes metodologías, unas de arraigo jurídico y otras más propias de disciplinas dedicadas al estudio de los medios de comunicación y los sistemas técnico-jurídico-socioeconómicos y políticos donde se sitúan. En definitiva, no se ha descartado ni impuesto método alguno a priori, sino que, en función de las necesidades de cada punto, se han utilizado las herramientas que mejor parecían abordar el problema, aumentando los caminos posibles para llegar al objeto, que determina cuál o cuáles son los más apropiados.

Estas líneas que resumen la difícil cuestión metodológica, merecen en este comienzo, al menos, una breve descripción en cada una de las partes del trabajo.

Se imponía, en principio, partir de una conceptualización de derecho de autor útil y pacífica, orillando toda discusión doctrinal existente acerca de su naturaleza, e identificar los elementos y categorías jurídicas básicas<sup>13</sup>, que con independencia de tradiciones o regulaciones concretas, han permitido, históricamente y hasta el momento, una regulación

---

<sup>12</sup> Véanse, entre otros: COHEN MORRIS L.; OLSON KENT C., *LEGAL RESEARCH.*, ST. PAUL, MINN. 1996. Sobre métodos de investigación científica jurídica: CORREAS, O. *Metodología Jurídica . Una introducción Filosófica*, México 1997

<sup>13</sup> COLOMBERT CLAUDE., *Grandes Principios del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Mundo.*, Madrid, 1997.UNESCO-CINDOC., Estudio comparativo que permite extraer los grandes principios de derechos de autor en el mundo.



eficaz y un equilibrio de intereses público / privados. Para ello se ha observado y analizado diacrónicamente las normas jurídicas, se han identificado las categorías básicas, y se ha apreciado como las variaciones tecnológicas de los medios de comunicación inciden en su cambio o modificación, forzando continuos reajustes, pero que permitían la continuidad esencial de la institución. Asimismo, tales categorías han servido posteriormente como elementos de análisis. Y como toda investigación científico jurídica supone un conjunto de operaciones que tienden a poner en conexión a la esfera conceptual con la real, en cada momento se ha identificado un modelo o sistema de comunicación social.

Dando un paso más (capítulo II) y de acuerdo a las estructuras de análisis, para el estudio de los sistemas de comunicación, que propone uno de los grandes teóricos jurídicos de los mismos de nuestro tiempo, Yochai Benkler, hay que identificar y distinguir las relaciones entre las, llamadas por el autor, tres "capas" o niveles (physical, code, content)<sup>14</sup>, que bien pueden ser denominadas como infraestructuras, estructuras, y contenidos, y en las cuales el factor jurídico va influir en ellos y en la manera en que se interrelacionan, dando lugar a distintos modelos jurídico político sociales. Esta herramienta metodológica ayuda a observar y describir el nuevo fenómeno tecnológico que es Internet e identificar en el mismo la problemática del derecho de autor. Y así se detecta una contradicción entre la regulación vigente del derecho de autor y la nueva arquitectura técnica de Internet, que impone por su naturaleza técnica otro modelo de regulación.

Afirma Lessig que en Internet "*Its code is its law*"<sup>15</sup> o sea, su ley es la que impone su arquitectura técnica. Tanto este autorizado autor como otros muchos estudiosos han afirmado que la apuesta por una arquitectura técnica u otra de Internet

---

<sup>14</sup> YOCHAI BENCKLER., "From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation" en *Federal Communications Law Journal*, nº 52, 2000, pp. 561 a 563. Estas tres capas o dimensiones simplifican las siete estructuras o capas del "the seven layers Model" en el Network Architecture based on the OSI Model, que puede estudiarse y ampliarse en : <http://www.rad.com/networks/1994/osi/layers.htm>

<sup>15</sup> LESSIG, LAWRENCE., *The Future of Ideas.*, N.Y., 2001., p. 35

significa necesariamente una toma de postura política<sup>16</sup>. Por ello, se avanza en la operación lógica de poner en contacto lo real y lo jurídico, y se muestra cómo al aplicar el régimen jurídico vigente de derecho de autor a la arquitectura técnica originaria que es Internet "chirría" el mismo derecho de autor en sus diferentes fundamentos, como el resto de los derechos fundamentales<sup>17</sup>, desequilibrando las relaciones autor /público y los intereses públicos y privados. La necesidad de mecanismos técnicos de control y otras medidas técnicas y jurídicas para mantener la regulación básica vigente, sin perjuicio de puntuales modificaciones, fuerza las cosas y la originaria arquitectura de Internet, en detrimento de la necesaria libertad que intrínsecamente la red comporta (capítulo III).

A partir de lo concreto se requiere ahora un esfuerzo de abstracción mayor, que mediante la inducción, nos lleva ahora a ver cómo el impacto anteriormente descrito tiene un radio de acción mayor que alcanza a los principios y valores constitucionales (capítulo IV) Es decir, la desnaturalización de Internet tiene un gran impacto desde los derechos fundamentales hasta los principios y valores. Se impone pues una toma de postura jurídico-política en función de los derechos fundamentales.

Se trata de la lucha de lo nuevo contra lo viejo, y no tiene tanto que ver con la vieja contraposición de Estado / Mercado o Izquierda / Derecha. La libertad o el control habrá principios constitucionales<sup>18</sup>. De ahí que en la propuesta "*de lege ferenda*"

---

<sup>16</sup> Ibid. O en palabras del cofundador de la Fundación de Fronteras Electrónicas (EFF), MITCH KAPOR, "*Architecture is politics*". Es decir, literalmente, su arquitectura es su política.

<sup>17</sup> Lessig, L., o.c. p. 35 "Most think about how "architecture" or "software" or , more simply, "code" enables or restricts the things we think of as human rights-speech, or privacy, or the rights of access". Efectivamente, la arquitectura de Internet va a determinar la libertad o restricción de los distintos derechos humanos. De ahí que cambiar su estructura libre es intentar eliminar su libertad.

<sup>18</sup> Ibid., p. 92 "Efficiency is not the end of the reason why free resources might prove valuable. Instead, one final set of values in keeping a resource in common. These are democratic values". El autor entiende, y lo explica a lo largo del libro, que no siempre el sistema de propiedad es la mejor fórmula para hacer más eficientes los recursos, especialmente en un espacio como Internet donde cambian todas las claves de tiempo y espacio, y la producción y comercialización se realizan de manera diferente, generando nuevos mercados y nuevas formas de participación del público. El autor intenta explicar que lo que es bueno en el mundo físico o tradicional no tiene porque serlo en el mundo virtual de Internet. Y que no sólo la eficiencia económica es una buena razón para mantener una gran dosis de libertad en la red sino también los valores democráticos que se sacrifican al desnaturalizar la originaria arquitectura técnica de la Red.

que constituye el último capítulo, se postule la libertad máxima de la Red para favorecer los derechos fundamentales<sup>19</sup>, y la aplicación de ciertos mecanismos de control, que en tanto se perfeccionen, reduzcan la celebrada libertad sólo en la medida que se compense económicamente a los titulares de las obras de creación. Y teniendo en cuenta que la Red representa una nueva forma de producción y comercialización, nuevos mercados y nuevos productos, que el Derecho no debe ignorar y debe dialogar con la técnica y el mercado en aras al fin último supremo de la institución: el progreso científico y cultural de la Humanidad. Fin último que se ha constituido a lo largo de la investigación como un principio de rectitud metodológica. Principio que se armoniza con otro, que se propone, y que se induce del conocimiento de la realidad de Internet mirada con sesgo jurídico, y desde el prisma del derecho de autor / derecho a la información. Con base a los principios se proponen unas líneas de solución.

Del contacto del conocimiento y la realidad, del ámbito mental y del fenomenológico, surgirá la necesidad prudencial de las decisiones y las valoraciones. El Derecho afecta a problemas vivos que exigen continuas soluciones. E Internet es un fenómeno que todavía se está desarrollando. De ahí que un trabajo como éste no pueda evitar el que su conclusión no sea únicamente la conversión de la hipótesis de investigación en tesis. Por el contrario, al hilo del razonamiento irán apareciendo solucionados otros problemas intermedios o intercalados, mediante la formulación de hipótesis de trabajo o instrumentales. La solución de alguna de ellas habrá podido reclamar inflexiones del método, muchas veces imperceptible.

---

<sup>19</sup> Lo que es coherente con la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Considerando 9 "La libre circulación de los servicios de la sociedad de la información puede constituir, en muchos casos, un reflejo específico en el Derecho comunitario de un principio más general, esto es, de la libertad de expresión consagrada en el apartado 1 del artículo 10 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, ratificado por todos los Estados miembros; por esta razón, las Directivas que tratan de la prestación de servicios de la sociedad e la información deben garantizar que se pueda desempeñar esta actividad libremente en virtud de dicho artículo, quedando condicionada únicamente a las restricciones establecidas en el apartado 2 de dicho artículo y en el apartado 1 del artículo 46 del Tratado. ...". E Internet libre favorece la libertad de expresión.

#### 4.- Observaciones Documentarias

---

El planteamiento documental previo a la realización del trabajo, e inmediatamente sucesivo a la concreción del objeto a investigar, puso de manifiesto en su momento la escasez de fuentes que en España existía y que requerían su búsqueda allí donde realmente se estaban produciendo, por dos razones especialmente:

**Primero**, el fenómeno Internet comenzaba a despegarse de una manera imparable y no sólo como un sistema de gran utilidad militar y de intercambio de conocimientos científicos entre las Universidades, sino también comercial. A finales de 1996 la "punta del Iceberg" mostraba su potencialidad, que todavía está en curso, pero muchas novedades se han dado desde entonces. Y todo aquello acontecía allí donde Internet tiene su origen, en USA.

**Segundo**, fueron en las Universidades americanas en aquellos años donde más estudios, cursos y seminarios abordaban la cuestión. Y la profusión bibliográfica era sólo comparable al entusiasmo y la enorme esperanza que provocaba la Red. En concreto, la disponibilidad no sólo de los fondos bibliotecarios de la Harvard Law Library sino también de bases de datos como West Law o Lexis convertían aquel lugar como el lugar donde había que estar para el estudio de este objeto.

Una estancia de investigación en la Harvard Law School, mediante el Real Colegio Comlutense en Harvard, me permitió vivir aquel irrepetible momento, asistir a seminarios y cursos, reunir una muy numerosa bibliografía y empezar a diseñar la investigación.

Sin embargo, Internet era y es un fenómeno que está en curso todavía, desde todos los puntos de vista. Técnicamente, empezaron a aparecer soluciones y aplicaciones de software que intensificaron más y mejor todas las posibilidades. A su vez,

permitió su expansión mundial, y los estudios empezaron a brotar desde todas partes. Jurídicamente, empezaron a aparecer las primeras regulaciones<sup>20</sup>. Ello obligó a un ejercicio de prudencia y paciencia, para no precipitar el estudio que se veía sobrepasado cada día. Una nueva estancia en USA, esta vez para el estudio de un Master en "*Transnacional Business*"<sup>21</sup> me permite asistir a Congresos, seminarios y a tener contacto más práctico y realista al tener la oportunidad de trabajar en un importante despacho de abogados especializado en propiedad intelectual<sup>22</sup>. Ello me permite recoger más documentación y actualizar los conocimientos para volver a rediseñar la investigación, conforme a los cambios producidos.

Entretanto, la evolución de Internet permite la búsqueda y el acceso a tal cantidad de fuentes documentales y normativas de todo tipo (bases de datos) que lo que se impone es una necesidad de selección de las mismas. Cualquier elaboración bibliográfica queda superada y obsoleta por la multiplicidad y actualización continua de fuentes en la Red.

Simultáneamente, el desigual grado de desarrollo de la red en los distintos países del mundo, y la importancia que tendría su total implantación y acceso en algunas sociedades, obliga a intentar conocer las problemáticas y las propuestas políticas que algunos colectivos proponen para que la Red no divida más el mundo. Mi asistencia y participación en el Seminario internacional de Salzburgo<sup>23</sup> me puso en contacto con las problemáticas sociales que Internet plantea mundialmente y que vienen determinadas por las políticas y las regulaciones jurídicas que se están haciendo. El bagaje documental y de conocimiento allí adquirido también se incorpora a este estudio.

---

<sup>20</sup> " Copyright Digital Millenium Act" de 1998, además de otras normas y decisiones jurisprudenciales relacionadas con Internet, y que se citan a lo largo del trabajo.

<sup>21</sup> University of Pacific., Mc George School of Law., California.

<sup>22</sup> Armstrong, Westerman, Hattory, Mcleland & Naughton, LLP. Washington, D.C.

<sup>23</sup> Salzburg Seminar., Fellow of ASC 32, "*Digital Inclusion: Confronting the Information Gap*" at Schloss Leopoldskron . Y tuvo lugar en Septiembre (del 3 al 10) del 2003.

EL EQUILIBRIO VIGENTE: INTERESES PRIVADOS  
DEL AUTOR / INTERESES PÚBLICOS DE LA SOCIEDAD

---

Desde los orígenes de la legislación del derecho de autor, con el Estatuto de la Reina Ana, en 1710, hasta la actualidad, es posible comprobar en su evolución, cómo el equilibrio de intereses privados del autor y los intereses públicos de la sociedad se resuelve desde la coronación del autor y la autoría, como figura central, añadiendo el corolario de sujetos industriales y empresariales, que hacen posible que la obra esté a disposición del público, con su núcleo de derechos exclusivos, enmarcados en tiempo y espacio. Pero a los derechos y control del autor sobre su obra se le imponen límites, precisamente para asegurar los derechos del público a la información<sup>24</sup>, cuyo valor en un Estado democrático es indiscutible. Tal división de intereses, más o menos equilibrado, según cada momento histórico, tiene su punto de arranque en un acto decisivo: el consentimiento del autor a la publicación. E incluso, en la historia del Derecho anglosajón, la obra no publicada se somete a un Derecho diferente, al Derecho común, y se concibe un derecho perpetuo del autor; mientras que la obra publicada se somete a la Ley, y a la protección y límites que ésta impone. No en balde se ha afirmado que la historia del copyright es la historia de la limitación de los monopolios<sup>25</sup>, primero del derecho perpetuo y después del control absoluto del autor sobre su obra, al someterse a límites temporales y espaciales. Lo que en la tradición civil europea encuentra también realidad referido a las facultades o derechos

---

<sup>24</sup> El término "información" se va a utilizar, de ahora en adelante, en un sentido lato. Es decir, como lo define la UNESCO "noticias, datos, hechos, opiniones, comentarios y mensajes necesarios para entender de un modo inteligente las situaciones individuales, colectivas..." en COMISION INTERNACIONAL PARA EL ESTUDIO DE LOS PROBLEMAS DE LA COMUNICACIÓN. *Un solo mundo, voces múltiples. Informe de la Comisión Internacional para el Estudio de los Problemas de la Comunicación (Informa Mc Bride)*. Unesco, Mexico, 1980, p. 137. Y como lo considera la moderna doctrina iusinformativa y los más avanzados estudios del derecho a la información. Entre otros, LUCCIANI, M., "Libertad d'informazione en la Jurisprudenza costituzionale", en *Política del Diritto*, n° 4, 1989, p. 605 y ss. Y como bien expresa en el mismo sentido VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., "Los derechos del público", Madrid, 1995. "El objeto de garantía es el proceso mismo de la comunicación pública y es información todo aquello que ingresa en ese proceso como mensaje". Por lo tanto, el término aquí refiere a todo tipo de mensajes, protegidos o no por el derecho de autor, pero todos ellos necesarios, con mayor o menor intensidad, como garantía institucional de la llamada opinión pública, conforme a la jurisprudencia del Tribunal constitucional. Asimismo, en el ámbito de protección de la "First Amendment" de la Constitución Americana, caben los más distintos y diversos tipos de mensajes. Véase: BARRON, J. A., DIENES, C. TH., *First Amendment Law.*, St. Paul, MN, 1993

<sup>25</sup> ARTHUR R. MILLER. MICHAEL H. DAVIS., *Intellectual Property (Patents, Trademarks and Copyright)*., St. Paul, MN, 1990, p. 282

WHALE, F. F., *Copyright. Evolution, theory and practice*. Edinburg, 1970

BUSH, GEORGE P., *Technology and Copyright: Annotated Bibliography and Source Materials*, Maryland, 1972.

PATTERSON, LYMAN RAY., *Copyright in Historical Perspective.*, Nashville, 1968

patrimoniales, pero no a las facultades morales, sin límites e indisponibles, que han ido "*in crescendo*" en el tiempo <sup>26</sup>.

El autor, por el solo hecho de la creación, ha encontrado reconocimiento y protección, sobre todo en la legislación vigente<sup>27</sup>, donde es la creación y no la publicación el elemento clave para ejercitar el derecho. Ahora bien, es con la publicación cuando cobra plena eficacia toda la institución, pues no sólo se protege al autor cuyo derecho cobra absoluta vida con la difusión, sino que, con la misma, se propicia el progreso científico-técnico, artístico y cultural de la sociedad que accede a las creaciones, que es el máximo fin de la institución. La protección del autor y de la sociedad tiene la misma raíz: el derecho sobre la información, uno desde la vertiente a crearla, difundirla y explotarla, y el otro, desde la vertiente a recibirla, como parte de su derecho universal a la información. El derecho de autor y el derecho a la información deben encontrar un equilibrio en aras del progreso, que sólo es posible mediante nuevas creaciones. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE 1948, arts. 19 y 27, así lo sienta, en términos más o menos precisos. Y así se deduce del CONVENIO DE BERNA <sup>28</sup> cuya adhesión es casi universal.

El resultado de la creación, el mensaje o información, es el elemento en el que recaen los intereses de ambos, -autor / público- y por ello el necesario equilibrio que, conforme a las necesidades históricas, se logrará potenciando unos más que otros: A mayor creación propia en un Estado, mayor protección de los autores que requieren recompensa; a menor creación propia mayor difusión de las obras foráneas con el fin de propiciar la creación propia. Ahora bien, tanto en uno como en otro, los

---

<sup>26</sup> J.A. VEGA VEGA., *Derecho de Autor.*, Madrid, 1990, p.23

GASTAMBIDE, M., *Historique et Théorie de la Propriété des Auteurs.*, Paris, 1862

BUGBEE, BRUCE W., *Genesis of American Patent and Copyright Law.*, Washington, D.C., 1967, p. 12 y ss ; p 125 y ss.

MARIE-CLAUDE DOCKY, *Contribution Historique a Etude Sur Le Droit D'auteur*, Bibliothèque D'histoire Du Droit et Droit Rom, Tome VIII, Paris

DESBOIS, H., *Le droit d'auteur*, Paris, 1966

<sup>27</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, 2001

<sup>28</sup> Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, revisado en París el 24 de julio 1971. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL ed., Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, [http:// www. Wipo.org/spa/iplex/wo-ber01.htm](http://www.wipo.org/spa/iplex/wo-ber01.htm) (Ginebra 1999)



mínimos han de estar asegurados, puesto que, de lo contrario, ambos intereses se verán frustrados.

No se trata en este capítulo de describir el régimen vigente del Derecho de autor ni en el Derecho norteamericano ni en el Derecho español dentro del contexto del Derecho comunitario europeo, sino, a partir del régimen vigente, revelar cuál es la estructura del equilibrio, haciendo las oportunas referencias históricas o filosóficas, para su mejor comprensión, teniendo en cuenta ambas tradiciones: la anglosajona del *copyright* y la europea continental del Derecho civil. Con ello se pretende mostrar, básicamente, cómo se ha construido jurídicamente el equilibrio, sobre qué elementos o categorías principalmente, de manera que ha podido ir asumiendo los avances tecnológicos de la comunicación, que han dado lugar a nuevos sujetos, derechos y objetos de protección, provocando modificaciones legislativas, pero manteniéndose, esencialmente, la institución en su configuración histórica<sup>29</sup>. No se trata de olvidar la complejidad de la materia, - la doctrina el siglo XXI todavía no se ha puesto de acuerdo sobre la naturaleza de este derecho en ambas tradiciones-, sino de apreciar mejor su contenido esencial y los pilares en los que se sostiene. Ello permitirá, en los capítulos siguientes, observar y analizar cómo se manifiestan estos elementos en Internet, a diferencia de otros medios de comunicación<sup>30</sup>, y si es posible mantener básicamente el

---

<sup>29</sup> La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 22 de Mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines al derecho de autor en la Sociedad de la Información, no implica ningún cambio sustancial del régimen del derecho de autor. Y en este sentido afirma su Considerando 5: "El desarrollo tecnológico ha multiplicado y diversificado los vectores de creación, producción y explotación. Si bien la protección de la propiedad intelectual no requiere que se definan nuevos conceptos, las actuales normativas en materia de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor deben adaptarse y completarse para responder adecuadamente a realidades económicas tales como las nuevas formas de explotación". Se pretende, pues, mantener el mismo orden de equilibrio.

<sup>30</sup> LAWEN LESSIG, en *The future of ideas*, Nueva York, 2001 "There was a time before the Internet innovation and crativity were different then. I dont mean that creators were different then or that the process of creativity has changed. But the constraints on creativity an innovation were different. This difference can be expressed at each layer of Yochai Benkle's system. Because the physcical an code and content layers were controlled differently, the opportunities for innovation were different" p. 103 Así, entiendo con el autor, en el tiempo anterior a Internet, la innovación y la creatividad fueron diferentes. Pero no porque los creadores y el proceso de creación fueran diferentes, sino porque las condiciones y los controles sobre la creatividad en cada nivel o dimensión (físico, estructural o de contenidos), conforme el análisis de Yochai Benkler's, era diferente. Este análisis aplicado a Internet, permitirá en los próximos capítulos apreciar las posibles diferencias.

equilibrio existente o, si por el contrario, ya no bastan las simples modificaciones.

### **1.1. Objeto Protegido: Equilibrio en el Acceso a la Información. Información Libre / Información Protegida**

---

El objeto protegido es la creación que cumple unos determinados requisitos, es decir, esencialmente, la obra original. Ahora, ni todas las obras originales son objeto de protección, -p.e. las leyes quedan excluidas- ni todas cumplen con las condiciones mínimas exigibles por la legislación, p.e, en el Derecho anglosajón, un poema original bellísimo pero que nunca ha sido escrito o fijado en un soporte. En el Derecho europeo esto mismo puede suscitar problemas de prueba pero ello no quiere decir que no tenga protección. Luego es importante la precisión de qué constituye objeto de protección del Derecho de Autor, porque todo lo que quede fuera forma parte de la libre información. En este punto, pueden encontrarse matices en las distintas legislaciones, que aunque parezcan nimios pueden conducir a conclusiones muy diferentes, según su interpretación. El equilibrio en el acceso a la información es necesario, tanto para la eficacia del derecho de autor como para la buena salud del derecho a la información, y, por ende, del funcionamiento democrático<sup>31</sup> y del resto de los derechos fundamentales, cuyo ejercicio quedaría vacío de contenido. Puesto que una excesiva restricción, con una excesiva protección de los autores, puede provocar una caída de la demanda de información y sequía del libre flujo informativo; y, por el contrario, una laxa protección a los autores y una mayor libre disponibilidad de

---

<sup>31</sup> En términos de Derecho Constitucional, la estricta vinculación de la información al principio democrático es desigual en función del tipo de mensaje. No todos los objetos de los procesos de la comunicación pública tienen la misma importancia al efecto, y, su vinculación al principio de legitimidad democrática, es directa o indirectamente de diferente calado en función del tipo de información: no es lo mismo, en este sentido, la información política, social o económica, por ejemplo, a la creación musical o cinematográfica. Ahora bien, aunque no haya conexión directa a este principio, sí indirectamente tienen trascendencia para otros derechos fundamentales constitucionales como, citando algunos, el derecho a la educación, a la salud, a la privacidad, o a saber en general, que abarca todas las actividades humanas. En este punto no cabe ignorar el distinto tratamiento de la concepción liberal o la institución- funcional de los derechos. Véase sobre este punto: VILLAVARDE MENÉNDEZ, I. *Los derechos de público*, o.c.

información podría desincentivar la creación, dando lugar a los mismos problemas, ante la carencia de información.

#### **1.1.1. Hechos E Ideas / Expresión. Delimitación de la Protección**

---

No toda la información entra dentro del campo de la propiedad intelectual, los hechos e ideas no son objeto de protección, y quedan libres para su acceso y utilización sin trabas. Es lo que se ha considerado "materia prima", para su posterior conversión en posible expresión original, y es de libre disponibilidad. Así por ejemplo, una compilación de hechos, no es objeto de protección, a no ser que su reunión, disposición o clasificación añada dosis de expresión original. Es la expresión y no el contenido lo que es objeto de protección. El progresivo trasvase de material libre al campo de información restringida, con mínimas dosis de originalidad, es una constante creciente que ha sido denunciada por algunos autores<sup>32</sup>, conscientes de la compresión que sufre el libre flujo informativo.

#### **1.1.2. Originalidad / Fijación en un Soporte: Requisitos de Protección. Obras de Autoría y Otros Materiales Informativos**

---

Es la expresión original de la información el objeto jurídico de protección. Las dosis de originalidad no están establecidas, pero su exigencia pasa por mínimos, y su evolución ha ido "*in decrescendo*" hasta el momento. Es la originalidad la que confiere el carácter de creación y convierte a una obra en "obra de autoría". Precisamente es el entendimiento de "originalidad" unido al de "autor creador" el fundamento sobre el que se sostiene el edificio jurídico del derecho del autor, y que permite excluir legítimamente al público de lo que "pertenece" al sujeto privado que es el autor. Tal es la clave

---

<sup>32</sup> Entre otros, JAMES BOYLE., *SHAMANS, SOFTWARE AND SPLEENS.*, Massachusetts, 1996

para la división público / privado en la concepción liberal de la información, que se forja desde finales del siglo XVIII hasta el siglo XX.

La obra creativa original del autor; fruto de su trabajo, esfuerzo, creatividad e ingenio, quien "pare" su criatura intelectual sin ningún débito aparente con la sociedad y cultura en la que vive y se alimenta. Tal concepción que subyace jurídicamente ha sido objeto de críticas que la legislación ha ido respaldando, al atender las nuevas realidades de las tecnologías nacientes y contemplando, en consecuencia, nuevos objetos de protección y derechos, cuyo fundamento de protección no se basa exclusivamente en el entendimiento tradicional de la "originalidad". Me refiero a los llamados derechos afines o conexos, cuyo estatuto jurídico en España y en el Derecho comunitario, se caracteriza por una menor intensidad de protección. Y en USA se asimilan totalmente como derechos de autor.

Pero aun siendo la originalidad requisito imprescindible, no es suficiente. La expresión original requiere estar fijada en un soporte material. Tal afirmación, el Convenio de Berna la deja a discreción de los Estados: En USA la exigencia de la fijación material es estrictamente legal, "*fixation in tangible form*". En España, como en el Derecho comunitario, la fijación en cualquier soporte "tangible o intangible", parece abrir un espectro más amplio<sup>33</sup>. Sin embargo, el lenguaje jurídico no debe confundir, pues allí como aquí los soportes son los mismos y las soluciones las mismas al efecto de la fijación. Puesto que ésta cumple una función en el mercado tradicional: las de permitir el control sobre la obra "No such balance exists at the physical layer, and for the most part, that's a good thing too. Wrinting is produced and published on paper; paper is a physical good in

---

<sup>33</sup> Nada nuevo se añade al respecto en la citada Directiva 2001/29 , donde se presupone la cuestión del soporte, y la única referencia expresa va dirigida a la diferenciación entre "copia analógica" y "copia digital", por dificultad de control y facilidad de reproducción de esta última en la Red (considerandos 38 y 39), y en lo que respecta a las excepciones de las facultades de explotación (art. 5).

our economy, physical goods are fully controlled by the market. Films require film stock, non digital film stock is extremely expensive; no right to steal this physical stock exists in our society. Market control is the rule at physical layer; access is at the pleasure of the property owner”<sup>34</sup>

Los definidos contornos del objeto jurídico de protección dibujan una línea inicial que establece el equilibrio entre ambos derechos.

## **1.2. Sujetos Protegidos. Autor / Público**

---

Autor y público<sup>35</sup> son los dos elementos subjetivos polares de la relación informativa, en los que gravita, básicamente, el compendio de derechos y sus excepciones que la legislación establece. Si el autor no crea, el público no dispondrá de información para satisfacer sus derechos; y a su vez, el autor como parte del público no gozará de las novedades culturales para continuar avanzando en el progreso de la Humanidad. Como se indicaba anteriormente, la raíz de sus intereses es común: sin creación no corre el flujo informativo que alimenta, a su vez, a la creatividad y otros derechos constitucionales.

Si históricamente, la primera ley nace, el Estatuto de la Reina Ana, para entronizar y proteger al autor en los derechos sobre su obra (desplazando, al menos jurídicamente, al editor, - que inicialmente controlaba la difusión de obras y ejercía el derecho, lucrándose de su explotación), también nace para delimitar en el tiempo y espacio su vigencia, su exclusión para el libre acceso, y paulatinamente, después, completar el equilibrio a través de las excepciones de los derechos exclusivos, definiendo el derecho del público. Y así a través de la concepción de autor y autoría y sus intereses privados, a

---

<sup>34</sup> LESSIG, L., o.c. p.110

<sup>35</sup> La información es del autor y del público, como se afirma en los próximos capítulos. Y entre ellos debe establecerse el equilibrio e intereses lógicamente.

diferencia de los del público, a lo largo del siglo XIX, se marca la línea divisoria entre información sujeta al autor e información pública, en el contexto político y económico liberal, que se prolonga hasta nuestros días.

La consciencia autoral económica no existió hasta después de la invención de la imprenta, y el llamado derecho de autor no.

### **1.2.1. La Protección de los Autores**

---

Aparece, históricamente, como protección del autor sino del editor. Tal derecho del editor no es algo preexistente o natural, sino concedido por el poder real, a través de las figuras jurídicas de la concesión o privilegio singular y discrecional de un derecho a una persona, con exclusión de las demás. La concesión del privilegio da pie al establecimiento generalizado de tres instituciones en el campo civil: se condiciona su otorgamiento a la censura previa<sup>36</sup>; se impone una tasa por su tramitación que se va incrementando hasta convertirse en impuesto; y, se introduce el uso de exigir la autorización del autor al editor, y el compromiso del editor de no modificar el original autorizado<sup>37</sup>. El autor comienza a adquirir, con ello, el sentido de titular de un derecho. Esto que, en términos generales, es común a ambas tradiciones, tiene jurídica y doctrinalmente una explicación y evolución diferente,

---

<sup>36</sup> En la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico e el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) no se impone ninguna obligación general de monitorizar o supervisar los datos que transmitan o almacenen los prestadores de servicio (art.15). Tampoco se lee tal obligación en la citada Directiva 29 de derechos de autor en la Sociedad de la información. Igualmente cabe afirmarlo de la Digital Millennium Copyright Act norteamericana de 1998. Sin embargo, como observa y critica Lessig: "The first centuries of copyright's history were two centuries of censorship. Copyright was the censor's tool: the only things that could be pressed were those things printed by authorized; the only authorized presses were those cooperating with the Crown. Here history has repeated itself, though the protected is not the Crown, but commerce" o.c. p.186. Véase además, entre otros: PATTERSON, L R., o.c. p. 114  
BIRELL, AUGUSTINE, MP., *The Law and History of Copyright in Books.*, London, 1899, p.50 y ss.

<sup>37</sup> Como se expondrá en el último capítulo, quizá sea la única facultad que el autor pueda reclamar respecto a la integridad de la obra: el respecto a la totalidad de la obra y su autoría, con independencia de posibles usos a partir del original.

que en la actualidad encuentran gran confluencia<sup>38</sup>. Mientras que en la tradición latina, el derecho se reconoce como natural, y bautizado como derecho de propiedad, hijo de las ideas de la Revolución francesa, de radicación individual humana y consecuencia de la personalidad, irá conformando su naturaleza de facultades morales y patrimoniales; la tradición anglosajona, desde el Estatuto de la Reina Ana en 1710, traslada el tratamiento que se concedía al editor al autor, al atribuírsele el derecho sobre su obra, como recompensa al esfuerzo y fruto de su creación. El llamado copyright es el derecho al control y monopolio de la difusión de la obra, principalmente.

Así, mientras que en la tradición civil el autor es siempre el creador, persona física, y a estos efectos se diferencia legalmente entre titular y autor; en la otra, del *copyright*, no siempre coinciden autor, como figura jurídica, y creador, como persona física. De la coexistencia autor-creador originario con los conceptos "autoría intelectual" y "autoría económica", que hacen de la autoría una ficción, referidos a las "*works made for hire*", mediante relación laboral o encargo, o la "*joint works*", lo que nosotros entendemos como obras colectivas, respectivamente, se extrae de ello la concepción subyacente de autor en el Derecho norteamericano: Uno, el hoy predominante, el intelectual, el autor como creador, o como abstracción intelectual de la reunión de varias autorías fundidas voluntariamente, o sea, la idea unitaria de autor como ficción; y el otro el económico, donde la ficción jurídica considera autor al empresario que hace posible financiera y materialmente la obra. Así se aprecia la importancia de la figura del editor como indiscutible, no sólo en la gestación de la institución sino, también, en su posterior desarrollo: es éste quien hace posible, mediante el consentimiento del autor, explotar, y por

---

<sup>38</sup> Tras la adhesión de USA al Convenio de Berna, y con los progresos técnicos, como Internet, cuya problemática sitúa en posiciones muy parecidas a todos los autores y sus obras.

DIETZ ADOLF., "Copyriht in the modern technological world: A mere industrial property right? En *Bulletin copyright Society.*, n°. 18, 1970-1971, ps. 83-95

DAWID, HEINZ., "Basic Principles of International Copyright"., *Bulletin Copyriht Society.*, n°. 21, 1973-1974, ps. 1-19

WALLACE, WILLIAN, G:M.G., "The impact of new tecnology on international copyright and neighboring rights., en *Bulletin Copyriht Society.*, n° 18 1870-71, p. 293-313

lo tanto difundir la obra. Es posible observar, por los rastros legislativos, la importancia de la figura del editor, fundamentalmente en esta corriente anglosajona; aunque, también en la española hay vestigios de esos orígenes: los editores de obras inéditas que estén en el dominio público tendrán sobre ellas los mismos derechos de explotación que hubieran correspondido a sus autores<sup>39</sup>. Pero sea como fuere, realidad o ficción, lo importante es como se reconduce, de una manera u otra, a la categoría de autor, que sirve de centro de imputación de derechos y limitaciones, con independencia de las transmisiones que se pueda llevar al efecto.

Efectivamente, como se ha indicado más arriba, a partir de la concepción liberal de autor, es posible diferenciar la información como bien público de la información como mercancía privada. Así Boyle, señala " the author stands between the public and private realms, giving new ideas to the society at large and being granted in return a limited right of private property in the artifact he or she has created- or at least assembled from the parts provided by our common store of ideas, language, and genre. Precisely because of the way it couples romantic appeal and apparent efficacy, I would argue that this way of thinking- with its corresponding suppression of the claims of "*sources*" and "*audience*"- will be the default mode for dealing with issues of ownership and control of information" <sup>40</sup>. Pues la romántica concepción con la que se gesta la figura asume al autor como creador de cuyo ingenio nacen creaciones originales en su expresión<sup>41</sup>, que nada deben de la sociedad o cultura, lo que legitima su propiedad y los consecuentes derechos de dominio sobre su obra. Ello justifica la información

---

<sup>39</sup> Véase el arts.129 y 41 de la Ley de Propiedad Intelectual española de 1996

<sup>40</sup> BOYLE JAMES., *Shamanss, software, spleens., Law and the construction of the Information Society*. USA, 1996, p. 13

<sup>41</sup> Quizá habría que desenmascarar como las ideas y hechos no protegidos, al portarse en el "envoltorio de la expresión" protegida por el derecho de autor, se controlan y protegen a la vez, aunque con un alcance más limitado. Por ello, es en Internet, donde la forma o expresión es consustancial al medio, y donde la originalidad no siempre está presente, donde los hechos e ideas quedan "al desnudo" de manera incontrolada y sin protección. Que los hechos e ideas son dignos de protección queda patente con la regulación de las bases de datos, aunque en la fundamentación constitucional y democrática de la institución de la propiedad intelectual, se haga mediante el equilibrio de intereses de la información libre al público -hechos e ideas- y la información propiedad privada del autor- la expresión original de los mismos.



como bien privado que compite en el mercado como una mercancía y comparte todas sus características. Pero a su vez, conforme a la idea liberal democrática la información es un bien público, libre, necesario para alimentar la llamada "opinión pública"<sup>42</sup>, presupuesto básico de la legitimidad democrática y de los derechos fundamentales <sup>43</sup>. Así encontramos la información como infinita y finita, como producto y proceso<sup>44</sup>. Y como bien público, infinito, parece como un mágico regalo, que no tiene ni costes ni productor. Mientras que como bien privado, se presenta como todo lo contrario, finita y con unos costes de producción, que requieren de incentivo para su continuidad y disponibilidad en el mercado. Tal contradicción se resuelve en el Estado liberal mediante la llamada propiedad intelectual y el concepto de autor, que permite dibujar las líneas legales de información pública y privada, mediante la atribución de derechos exclusivos y sus limitaciones. "This, then, is the redoubled contradictions in the liberal world view, intellectual property law (and indeed, all law that deals with information) must accomplish a number of tasks simultaneously. It must provide a conceptual apparatus which appears to mediate the various tensions associated with the role of information in liberal society <sup>45</sup>.

La originalidad, con olvido de la "materia prima", fuente de ideas y hechos que se bebe de la sociedad y la cultura, unido al concepto romántico de divino espíritu creador del autor, convierten a la autoría en la clave de la bóveda jurídica del derecho de autor o copyright. Como bien afirma Paul Goldstein <sup>46</sup>, "*copyright, in a word, is about authorship*", lo que es extensible a afirmar que la institución está basada en la autoría.

---

<sup>42</sup> A reserva de lo ya puntualizado anteriormente en la nota 7 de este mismo capítulo, sobre el principio democrático y la distinta importancia de los distintos objetos informativos en el mismo.

<sup>43</sup> Ibid. p.30

<sup>44</sup> Véase sobre la teoría de la información como producto y proceso, el libro de VILLAVEDE MENÉNDEZ I., *Estado Democrático e información: el derecho a ser informado.*, Oviedo, 1994

<sup>45</sup> Ibid. 49 y 50

<sup>46</sup> PAUL GOLDSTEIN., *Copyrights Highway.*, USA, 1994. P.76 y ss.

### **1.2.2. Protección de Sujetos Empresariales: Editores y Productores**

---

Como se ha indicado más arriba, históricamente, el derecho de autor nace como derecho del editor; y la legislación nace, precisamente, para "devolver" al autor su derecho, colocándole en el centro de la regulación. Esto que, en principio, parece más cierto en la tradición civil europea que en la anglosajona, es de hecho muy semejante en ambos. Pues aunque en el primero son los derechos naturales y morales del autor los que le colocan en una posición suprema, con un control absoluto sobre cada uso de su obra, en la anglosajona, ajena a esa concepción, también rescata al autor del dominio de los editores, aunque plantea el debate, posteriormente, en términos de mercado, de productores de información y consumidores, dejando, aparentemente, al autor relegado de tanto protagonismo, pues es una figura más del proceso de producción. Pero la realidad, tanto en una como en otra, muestra la importancia del sector empresarial para que el derecho de los autores, -y ni decir tiene en términos de copyright pueda ser explotado en sus diferentes modalidades y que la información u obras puedan estar a disposición del público. Las nuevas tecnologías han obligado a reconocer nuevos usos y objetos, por tanto, derechos, no exactamente de autor, los llamados derechos afines o conexos, que tienen como titulares, generalmente a personas jurídicas que llevan a cabo importantes labores empresariales que dan lugar a estos nuevos objeto y derechos de la información. En el Derecho Norteamericano estos sujetos son tan importantes que se les asimila a los autores mismos. Pero la importancia de estos sujetos empresariales no sólo se ha manifestado por la exigencia de las nuevas tecnologías, y los nuevos usos que ha propiciado, sino que, históricamente, es posible comprobar no sólo cómo nace la institución por los editores, sino que, de hecho, a pesar de la letra de la ley, *de facto*, son editores y productores los que hacen posible la difusión y de los que el autor no puede prescindir. Y, en términos de mercado, tanto allí como aquí, atender a sus intereses es indispensable, incluso por encima de los del autor, para que el equilibrio informativo se produzca.

Siguiendo a Lessig " the core constraint on artistic creativity in real space is at the code layer- the constraint on whose work gets produced and distributed where. The writer becomes an author when his or her work is published. Publication is a process controlled by editors....The production and distribution of printed material are wholly privatized activity.....The same is true for music....so too with television....These constraints at the code layer plainly affect the choice of creators to create or not"<sup>47</sup>. Esto obliga a trabajar en y para grandes compañías que poseen los medios de producción y distribución. No olvidemos, como señala Goldstein <sup>48</sup>, que la primera ley, la mencionada de 1710, nace en nombre de los autores, como resultado de las luchas de los editores para defender sus propios intereses. Y en el desarrollo legislativo posterior subyacen esos mismos intereses en nombre del autor<sup>49</sup>.

### **1.2.3. Protección del Público: Sus Derechos.**

#### **Su Trasgresión. Las Infracciones y los Usos Permitidos**

---

Aunque los derechos del público esencialmente se contemplan en las llamadas "limitaciones" o excepciones a los derechos exclusivos del autor, hay que encontrarlos, desde una perspectiva más amplia, en todos los elementos que se están examinando, a través de los cuales se pretende el difícil equilibrio de derechos. Es decir, desde los materiales no protegidos, pasando por los plazos que determinan el dominio público, hasta el territorio donde tiene vigencia tal protección. Estos derechos del público, en general, están flanqueados, por un lado, por las sanciones a las posibles infracciones de los derechos exclusivos del autor, y, por otro,

---

<sup>47</sup> LESSIG, L., o.c. p 111 y 113

<sup>48</sup> Ibid. P. 37 a 77

<sup>49</sup> La Directiva 2001/29, ya citada, y en su estrecha relación con también ya citada Directiva 2000/31/CE del llamado comercio electrónico, se tienen en cuenta, además del autor, estos otros importantes sujetos empresariales, además de incluir nuevos sujetos que surgen en razón a Internet. Así en la Directiva del comercio, donde toda la regulación gira en torno a ciertas actividades "on line" de los llamados "prestadores de servicios" y/o prestadores de servicios intermediarios. Para su definición véase la citada Directiva. La Directiva 29, por su parte, en el considerando 9, señala los intereses "de los autores, los intérpretes, los productores, los consumidores, la cultura y la industria y el público en general (considerando 9). Igualmente pone de relieve la importancia de los "servicios de intermediarios" (proveedores de servicio) en el entorno digital (considerando 59).

por las limitaciones a tales derechos exclusivos, que abren claramente el espacio jurídico previsto para el ejercicio de los derechos del público.

En cada momento histórico, es posible observar cómo el legislador establece el espacio jurídico del público utilizando la constricción o ampliación de una categoría u otra. Así, por ejemplo, en Statute of Anne, en 1710, son las variables tiempo y espacio las que vienen, fundamentalmente, a limitar los derechos exclusivos del autor <sup>50</sup>, dejando paso al dominio público con prontitud y reduciendo, por tanto, el dominio privado. También el control de precio de los libros es una medida interesante para la accesibilidad a la información <sup>51</sup>. Sin embargo, en la actualidad, The 1976 Act, condensa las más importantes limitaciones en las llamadas "*fair use*" o la "*first sale*", es decir, en todos los usos basados en fines privados y no lucrativos de carácter didáctico, investigador y periodístico, principalmente; o la limitación al derecho exclusivo de distribución después de la primera venta. De modo semejante puede observarse en el Derecho europeo, concretamente en el español, primero por los breves plazos y, por la delimitación territorial después, cómo se han perfilado y desarrollado esas mismas limitaciones. Una simple lectura de las sucesivas leyes hasta la actualidad da buena cuenta de este desarrollo. No hay que olvidar que esas limitaciones corren parejas a la situación tecnológica: mientras impera sólo la imprenta como modo de reproducción, y las formas de distribución sean a través de medios de transporte terrestres, es lógico que baste incidir sobre estas dos variables para manejar el contenido y los límites de los derechos exclusivos del autor. Pero son las innovaciones técnicas, como la reprografía, para la fotocopia de textos, o el VTR y el vídeo para la grabación audiovisual, que posibilitan la copia privada masiva, rápida y barata; y, sin olvidar, la radio y televisión, que dan lugar a la difusión y

---

<sup>50</sup> El derecho del autor a imprimir sus obras duraba 14 años, con posible renovación por un periodo de otros catorce. Véase, entre otros: El ya citado RAY PATTERSON, o.c. p. 143 ROSE MARK., *Authors and Owners. The invention of Copyright.*, USA, 1994.

<sup>51</sup> Véase la referida ley y un estudio de la misma. Entre otros, en: ROBERT A. GORMAN; JANE C. GINSBURG., *Copyright for the Nineties.*, Virginia, 1993.p.1 y ss.

distribución a muchos espacios y a la misma vez de la información; las que aconsejan que los límites tengan distinto origen: puesto que se han "engordado", por un lado: los derechos exclusivos del autor, al nacer mayores posibilidades de explotación; pero a la vez, se han debilitado, al ir perdiendo su capacidad de control sobre la copia, que constituye la esencia de la institución nacida con la imprenta. Reproducción masiva y control sobre la copia fue posible durante la era Gutenberg, pero los nuevos medios aumentan la capacidad de copia y disminuyen la capacidad de control de la misma por los titulares de derechos. El público puede infringir derechos con más facilidad. Y ante tal evidencia surgen nuevos derechos como el derecho de remuneración por la copia privada, que viene a "consolar" económicamente al autor, aunque escasamente, de su soberanía perdida, por razones, esta vez tecnológicas<sup>52</sup>.

Si se ha dicho que la historia de la institución es la de la limitación de los monopolios, ésta afirmación vuelve a ser verdad, ahora por razones tecnológicas.

Parece lógico que, en los recientes tiempos, las limitaciones al autor sobre los derechos exclusivos provengan, principalmente, vía copia privada, de uso personal y no lucrativa o comercial<sup>53</sup>, aunque se cobre un canon a los fabricantes o empresarios de estas máquinas y soportes reproductores, que más tarde proporcionalmente compense a los autores<sup>54</sup>. Y es lógico, igualmente, que sean estos usos y no otros los permitidos: ahora que la tecnología permite un mayor y fácil acceso a la cultura, el aprendizaje y la investigación de la sociedad, no se puede impedir, pues el progreso científico técnico y literario pasa por ser el supremo fin de la institución. Resulta curioso el estudio del desarrollo de la "fair use" o, entre nosotros, de las limitaciones con fines

---

<sup>52</sup> Compensación equitativa que cada día se hace más difícil en el entorno digital de la red. La Directiva 2001/29, citada, se reafirma en ello, regulando casi lo imposible e inevitable técnicamente, en su art.6. Y en el mismo sentido los considerándoseos 35 y 36.

<sup>53</sup> Cubierto por la "fair use" en la legislación anglosajona. Véase, entre otros: PFORZHEIMER, WALTER L., "Historical Perspective on Copyriht Law and Fair Use"., cap. 4. 1941, En *Reprography and Copyright Law.*, edited by Lowell H. HATTERY AND GEORGE P. BUSH

<sup>54</sup> El Derecho que no puede llegar a ciertas profundidades. Y este es un instrumento "tosco".

científicos, didácticos o periodísticos. Las Directivas europeas mantienen estas limitaciones de uso privado o con fines educativos, científicos o periodísticos.<sup>55</sup>

Igualmente, la misma técnica que ha ampliado el ramillete de derechos del autor, ha debilitado el vigor en el control y eficacia de los mismos, y también ha provocado la existencia de "otros derechos afines" a los del autor, y de otros sujetos, que a su vez son titulares de facultades y están sometidos a límites, que han venido a complicar el equilibrio y la disponibilidad de información libre al público <sup>56</sup>. Asimismo, es posible ver que algunas excepciones al autor no vienen exigidas por el público, sino por exigencias técnicas de , normalmente, sujetos empresariales. Así se comprueba en la regulación de la televisión por cable o por satélite<sup>57</sup>, por ejemplo.

### **1.3. El Equilibrio de Intereses: Derechos Exclusivos y Sus Límites**

---

El autor ejerce toda su soberanía a través de los derechos exclusivos, tanto patrimonialmente como moralmente. Derechos exclusivos que, como se ha afirmado más arriba, se han ido ampliando y desarrollando, conforme la tecnologías de la comunicación han avanzado. De tal manera que "el consentimiento del autor" para autorizar dar a la luz su obra, por primera vez o sucesivas en distintas formas o para distintos usos, se ha fortalecido paulatinamente. Hasta la actualidad, en la que puede plantearse si se ha fortalecido más o se ha debilitado finalmente.

---

<sup>55</sup> Véase el art. 5 de la citada Directiva 2001/29.

<sup>56</sup> Así, por ejemplo, la entidades de radiodifusión y los derechos de transmisión de los partidos de fútbol. Los derechos de estas entidades y otros intereses de las empresas futbolísticas pueden ir en detrimento del derecho a la información del público. Véase el libro de SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., *Derecho público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión.*, Granada, 1999, y su estudio de la Ley del futbol del 97, en p. 583 y ss.

<sup>57</sup> Directiva 93/83/CEE del Consejo de 27 de Septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable. Y su transposición al Derecho español, Ley de Propiedad Intelectual de 1996, arts. 20, .36, entre otros.

### 1.3.1. Derechos de Explotación <sup>35</sup>: Exclusividad y Limitabilidad

---

En la primera ley de 1710 o, posteriormente, por ejemplo, en las primeras españolas, el único y gran derecho exclusivo del autor es el "consentimiento a imprimir". Lógica consecuencia del momento histórico tecnológico, pues sólo era posible mediante la imprenta la reproducción de copias masivamente. Pero, poco a poco, se van abriendo camino nuevos derechos exclusivos con los nuevos medios y los nuevos usos. Por ejemplo, autorizar la radiodifusión de la obra, por ondas, o satélite o bien por cable; autorizar su representación o comunicación pública en muy distintos tipos de lugares y su grabación y posterior difusión, como en discos; autorizar nuevos usos o nuevos soportes como los publicitarios; permitir la transformación y adaptación de la obra para nuevos medios, su inclusión o no en las bases de datos, etc.... Derechos exclusivos que encuentran sus límites<sup>58</sup> como se ha visto más arriba. Por otra parte, como se ha señalado, todo ello también provoca el nacimiento de nuevos derechos, semejantes pero no iguales propiamente a los de autor; pero éstos derechos afines conllevan nuevos titulares con su elenco de intereses y limitaciones.

Todo hace pensar que el progreso técnico en la reproducción y distribución masiva y rápida de la información conlleva, paralelamente, un progreso de la institución hasta sus más lucrativas y satisfactorias cotas morales y económicas. Por ejemplo, las continuas revisiones del Convenio de Berna u otros Tratados Internacionales, así parecen indicarlo. No en balde, y sin pretender ser redundante, la institución moderna es hija de la imprenta, cuando se hace posible la copia masiva, permitiendo el control de la reproducción o difusión. Sin embargo, la realidad demuestra, por otro lado, el debilitamiento de la misma, precisamente, por la perversión de su propia naturaleza.

---

<sup>58</sup> SELTZER, LEON E., "Exemptions and fair use in Copyright: The "exclusive rights" Tensions in the New" Copyright Act., en *Bulletin of Copyright Society*, n°. 24, 1976-77. Y en la misma Revista: NOLAN PETER F., "All rights not reserved after the first sale". Vol. 23, n° 2, Diciembre, 1975

La copia o reproducción y su distribución puede ser tan fácil, barata y privada, que el autor o sus titulares pierden mucho del control para el ejercicio adecuado, tanto de las facultades morales como patrimoniales. No obstante, el legislador, tanto en Norteamérica como en la Unión europea, pretende mantener tal ejercicio y control a través de mecanismos técnicos de control, que tanto la Digital Millennium Copyright Act, como la Directiva Europea 2001/29, incluyen en su regulación y protección, con el fin de mantener el régimen vigente.

### **1.3.2. Derechos Morales<sup>59</sup>: Exclusividad e Ilimitabilidad**

---

Los derechos morales, cual sea su formulación, son ilimitables, inalienables e indisponibles, y, en algunas manifestaciones, perpetuos, y, por tanto, subsisten, sin límite de tiempo a las facultades patrimoniales. El autor, portador de estas facultades naturales, consecuencia de su personalidad, ha sido objeto de un progresivo reconocimiento y fortalecimiento en sus facultades espirituales a lo largo del tiempo, en los países de esta tradición<sup>60</sup>. Son éstas, antes que las patrimoniales, las que revelan el "genio creador del autor", las que le confieren el auténtico "señorío" sobre su obra. Su continuo crecimiento es posible apreciarlo en el Convenio de Berna, y su casi adhesión universal en la actualidad obliga a su incorporación y observancia. Podríamos hablar de una progresiva

---

<sup>59</sup> La expresión de "derechos morales", muy generalizada en el ámbito del derecho de autor, y bendecida en la legislación, no deja de ser equívoca, porque pone en conexión las exigencias de la moral, que es un ordenamiento autónomo, y las del derecho, que es constitutivamente un ordenamiento heterónomo. Determinar si moralmente, es decir, desde el ordenamiento moral, el autor tiene determinados derechos exige aclarar con qué concepto moral se opera, razón por la que la terminología nos resulta incómoda. Creemos que, en realidad cuando se habla de los derechos morales, a lo que se refieren los autores y el legislador son a los intereses jurídicos protegibles mediante el derecho de carácter no patrimonial. Intereses vinculados al acto de creación, al señorío espiritual sobre la obra creada. En este sentido nos resulta menos incómoda la expresión "derechos espirituales", es decir, derechos que protegen derechos inmateriales, pero de existencia innegable, tanto en el proceso de creación como el fruto de la creación.

<sup>60</sup> DASILVA RUSSELL J., "Droit Moral and the amoral copyright: A comparison of Artists' rights in France and the United States", en *Bulletin of the Copyright Society*., Vol. 28 n° 1, October, 1980 VALENTINE, JOSEPH B., "Copyright: Moral Right- A proposal", *Fordham Law Review*, Vol. 43 1975. STREIBICH, HAROLD C., "The moral right of Ownership to Intellectual Property: Part II. From the age of Printing to the Future", *Memphis State University Law Review*., Vol. 7, 1976. "Comments. Moral Rights for Artists under the Lanham Act: Gilliam v. American Broadcasting Cos", *William and Mary Review*. Vol. 18, 1976-77.

"An Author's Artistic Reputation under the Copyright Act of 1976" en *Harvard Law Review*., Vol.92, 1979



espiritualización del derecho de autor. Sin embargo, desde un punto de vista legal, su acomodo en la institución del derecho de autor moderno es posterior a las patrimoniales; aunque, desde un punto de vista jurídico, cabe afirmar todo lo contrario: ya en Grecia y Roma, comienzan a insinuarse unas facultades que, con el tiempo, se llamarían morales. En Grecia, cuando se introduce algún pasaje que el autor considera inmoral en la copia de una de sus obras puede reclamar su retirada; en el mismo supuesto, en Roma, se le concede la "actio iniuriarum" que se extiende posteriormente a la simple incorrección en la copia. Pero, lógica consecuencia de la escasez de la copia, posee mayor importancia la propiedad del corpus mechanicum o ejemplar manuscrito que el derecho sobre el mensaje contenido en él. A la apropiación indebida del ejemplar se extiende el concepto de "plagio", que originariamente se refería al ladrón de esclavos<sup>61</sup>.

Entonces como ahora, el autor crea y, en ocasiones, consiente en dar a la luz su obra. Y una vez ésta en el espacio público corre unas vicisitudes, que entonces, dada la anomia<sup>62</sup> jurídica, apenas se consideraban, y hoy se contemplan, bien desde la dimensión patrimonial o espiritual. Pero, con independencia de la tradición jurídica, o mejor dicho en ambas, es "el consentimiento del autor" la más importante de las facultades que ejerce el autor, tanto en su dimensión patrimonial como moral. Está presente, de una manera u otra, desde la primera ley. Y no es casualidad que la Ley española la establezca como la primera facultad moral del autor. De ella se desprenden o dependen todas las demás. Y ésta sí ha encontrado una verdadera solidez en todas las legislaciones, de cualquier tradición, con independencia de su formulación o su aparición expresa o tácita. Pues, amén de la creación misma, sin el consentimiento del autor a dar a la luz pública su obra, no existiría ni la tradición del *copyright* ni las de los derechos

---

<sup>61</sup> Véanse al respecto, entre otros: DESANTES GUANTER, J.M., *Derecho de la Información (II). Los mensajes informativos.*, cap. 2, p.p.30 En Roma ya existe protección legal de las facultades morales, que son anteriores a las económicas.

<sup>62</sup> Como indica el calificativo "jurídica" utilizamos el término anomia en el sentido literal, y en modo alguno en sentido sociológico "Merton".

morales. No en balde, más de un autor ha afirmado que ésta es la facultad troncal del derecho de autor. Y por ello, las facultades patrimoniales son accidentales al derecho.

Desde el punto de vista del equilibrio derecho de autor/derecho a la información, es "el consentimiento del autor" a dar la obra al público, bajo las condiciones que pudieren imponerse, en su caso, el punto de partida inevitable para la disponibilidad y participación de la sociedad en la cultura o información. Y así lo entienden los historiadores<sup>63</sup> de esta institución: el punto de arranque esencial es el pacto del autor y el Estado de revelar al público la obra el primero, a cambio de propiciar compensación económica, y protección jurídica del segundo, en aras del progreso de la sociedad. Como se ha mencionado más arriba, no es gratuito que este momento de la publicación haya determinado, como se puede ver en su historia, el nacimiento y evolución de la naturaleza del derecho de autor: así, por ejemplo, de considerarse un derecho perpetuo a un derecho legal, y, más tarde, ser el requisito imprescindible para recibir protección legal, en el derecho anglosajón<sup>64</sup>; o, igualmente, entre nosotros, sin el momento de la publicación, aunque el derecho nazca con la creación, imposible que se pongan en marcha el cómputo de actos y plazos a efectos pecuniarios o que cobren vida algunas facultades morales que sólo tienen sentido si la obra está en el comercio <sup>65</sup>. Es por ello que puede afirmarse que se trata de la facultad interna esencial del autor.

En relación a la evolución legislativa, no es caprichoso mencionar que, en la tradición europea, y en concreto en la citada Directiva 2001/29, se dice expresamente en el considerando 19 que " el derecho moral de los titulares de derechos debe ejercerse de conformidad con lo dispuesto en la

---

<sup>63</sup> BUGBEE, BRUCE W., *Génesis of American Patent and Copyright Law.*, o.c., p.p. 18 y ss.

<sup>64</sup> ROSE, M., *Authors and Owners.*, o.c. p. 68 y ss.

<sup>65</sup> Me refiero a facultades tales como: la retirada de la obra del comercio o derecho de arrepentimiento; o, el derecho al ejemplar único; o el "droit de suite" . Por no mencionar las más viscerales como el derecho de integridad o paternidad o atribución, que aunque presentes sin la publicación, toman toda su fuerza cuando la obra está en el espacio público.

legislación de los Estados miembros, en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, en el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas. Dicho derecho moral no entra en el ámbito de aplicación de la presente Directiva". Y cabe recordar que la OMPI también los remite al Convenio de Berna<sup>66</sup>. Es decir, se ignora esta importante dimensión en la Red. Todo ello se verá después, en próximos capítulos.

#### **1.4. La Transmisión de Derechos**

---

La transmisión de derechos del autor permite, con prioridad a cualquier otra fórmula jurídica, como condición necesaria, el equilibrio derecho de autor / derecho a la información.

Transmisión referida a las facultades patrimoniales y nunca a las morales, como ya ha sido referido. La facultad esencial del derecho de autor, decidir dar o no a la luz la obra, puede el autor ejercitarla mediante la difusión por sí mismo o puede transferirla. Tal especialidad, la riqueza del trabajo creador del hombre y las posibilidades de relación a que da lugar justifican que las legislaciones dediquen una minuciosa atención al tráfico del derecho autoral. Transmisión inter vivos o mortis causa, que la ley somete a límites, prohibiciones, modalidades y requisitos de forma, que vienen a configurar la estructura básica del equilibrio que se pretende identificar en este capítulo.

---

<sup>66</sup> Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, hechos en Ginebra, 2 a 20 de Diciembre de 1996. Y también los Acuerdos del GATT (General Agreement on Tariffs and Trade- Multilateral Trade Negotiations (The Uruguay Round). Ronda de Uruguay. TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), Diciembre 15, 1993. WTO (Organización Mundial del Comercio). Parte II. Sección Primera. Art. 9 y ss.

#### **1.4.1. La Decisión Primera de Dar a la Sociedad La Obra / La Protección Jurídica Estatal y la Compensación Económica**

---

Algunos historiadores de las instituciones de la propiedad intelectual e industrial encuentran desde los orígenes una naturaleza contractual en las mismas: El Estado concede protección y seguridad jurídica al autor, como retribución, si éste revela y da la luz social su obra nueva y útil; con el objeto final supremo del beneficio de la sociedad, el progreso y el bien común <sup>67</sup>. La importancia de la decisión primera es indiscutible, aunque tenga que renovar su consentimiento para nuevas difusiones, una vez que termine el periodo concedido por el autor para la difusión al cesionario, puesto que la obra entra al espacio público, es accesible al público, esta sometida a todas las excepciones a favor del derecho a la información, y, aunque no se volviera a difundir sucesivamente, el tiempo permitirá en el futuro que sea del dominio público. Tal importancia justifica la protección jurídica y la compensación económica que se merece el autor por su esfuerzo y creatividad. Por otra parte, la determinación del momento en que está difundida o hecha "pública" una obra, es momento capital para toda la regulación del derecho de autor, como se ha indicado históricamente; y aunque es la creación el verdadero objeto de protección, antes y ahora, sin duda, sin embargo es la publicación la que vitaliza y pone en marcha todo el potencial de la institución. No hay que olvidar que precisamente la institución en su diseño moderno, nace cuando por la imprenta es posible la difusión masiva, la explotación de la obra. Y lógicamente el momento inicial de la difusión es clave para el cómputo de los plazos y actos repercutibles, para los cuales accede el autor en las distintas modalidades de explotación, y que la decisión de lanzar una nueva difusión, no consentida anteriormente, sea posible.

---

<sup>67</sup> BRUC. W. BUGBEE., *Genesis of American Patent and copyright.*, p. 18

En términos generales, esto es aplicable a ambas tradiciones en general. Así, por ejemplo, en la legislación americana anterior a la *Copyright Act de 1976*, se establecía por ley los periodos de duración del derecho y su posible renovación por un tiempo igual de 28 años, y hasta un total de 56 en todos los casos, pues no se extendía su duración a toda la vida del autor y los cincuenta años después de su muerte, como en la actualidad <sup>68</sup>. La razones del cambio son explicadas por la doctrina en términos de equilibrio autor / sociedad: esos periodos cortos no permitían la explotación y el beneficio económico suficiente al autor (que, por otra parte, los nuevos medios de comunicación permiten intensificar), sin contrapartida, de incrementar claramente el beneficio de la sociedad. Asimismo, se pone de manifiesto la dificultad del cómputo )de estos plazos cortos partiendo de la dificultad de la determinación del "borroso" concepto de "publicación". "A system based on the life of the author would go a long way toward clearing up the confusion and uncertainty involved in the vague concept of "publication", and would provide a much simpler, clearer method for computing term" <sup>69</sup>. Sin embargo, si difícil cuestión ha sido ésta siempre, ahora puede complicarse aún mas, desde que una obra puede estar públicamente en la Red pero no ser considerada "publicación lícita". Esta problemática la recoge la Directiva citada 2001/29, en las Disposiciones Comunes, art. 11. Apartado 2º, cuando se quiere determinar la expiración de los derechos de los productores de fonogramas: "No obstante, si el fonograma se publica lícitamente durante dicho período, los derechos expirarán cincuenta años después de la fecha de la primera publicación lícita. Si durante el citado período no se efectúa publicación lícita alguna pero el fonograma se comunica lícitamente al público, dichos derechos expirarán cincuenta años después de la fecha de la primera comunicación lícita al público".

---

<sup>68</sup> ROBERT A. GORMAN AND JANE C. GINSBURG., *Copyright for the nineties.*, Cases and Materials., USA, 1993

.pp.307 y ss.

<sup>69</sup> Ibid. p. 312

#### **1.4.2. La Transmisión Inter. Vivos y Mortis Causa**

---

Como ya se ha expuesto, ejercida por el autor la facultad esencial de decidir-positiva o negativamente- difundir, puede transmitir su derecho en sus facultades patrimoniales en cualquiera de las modalidades establecidas por la ley, y conforme a la autonomía de la voluntad. Asimismo, el derecho de autor, se transmite mortis causa como cualquier otro derecho, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, aunque reducido a los derechos de explotación. En cuanto a las facultades morales que son, intransmisibles, cabe matizar que algunas, caracterizadas como perpetuas,-derecho al reconocimiento de la cualidad de autor y derecho al respecto de la integridad de la obra-, sobreviven al autor y subsisten sin límite de tiempo a las patrimoniales, pues los herederos o las autoridades competentes, en su caso, tienen una facultad defensiva de tales facultades <sup>70</sup>. Una revisión, incluso superflua, de las normas de transmisión de derechos, nos informa de que, en realidad, en éstas se trata siempre de la transmisión de la facultad de difundir, vaya o no acompañada de aquellas otras facultades disponibles que la asisten o que son accesorias a ella. Este derecho a decidir la difusión sólo puede entenderse fenecido cuando la obra pasa al dominio público.

La decisión de dar a luz la obra y las distintas posibilidades de transmisión, permiten una mayor disponibilidad pública de la misma y, a su vez, una mayor explotación, que redunda en unas mayores posibilidades económicas de recompensa al autor por su trabajo, y, por ende, un mayor incentivo creativo.

---

<sup>70</sup> J. A. VEGA VEGA., Derecho de autor., Madrid, 1990. P.116

### **1.5. Temporalidad: Dominio Público / Dominio Privado: Los Plazos**

---

Como se infiere de todo lo dicho anteriormente, el derecho de autor es una institución en la que tradicionalmente, el factor tiempo juega un importante papel no sólo en su regulación sino en su naturaleza legal misma: el momento de la decisión de difundir, el momento de la publicación, los plazos, la muerte del autor, el tiempo que ha de transcurrir después para pasar del dominio privado al dominio público, son variables temporales que están presente en todas las legislaciones, de ambas tradiciones, y que lo constata el universalmente admitido Convenio de Berna. Es el tiempo, como se ha ido apreciando, uno de los factores en la consecución del equilibrio entre intereses privados del autor o titulares de la información e intereses públicos de la sociedad en la información. Y ello se mantiene en la reciente legislación, aunque la línea entre ambos dominios puede no ser nítida, como lo no pone de manifiesto el art. 11.2 de la Directiva 2001/29, reproducido más arriba.

### **1.6. Espacialidad.**

---

El factor espacio, como también se infiere de lo anteriormente dicho, es factor básico en la configuración de la institución, tanto para la aplicación del Derecho como para la delimitación espacial del consentimiento de difusión del autor.

La importancia y la problemática de este factor está presente desde la primera ley, en la que sólo se protege la obras impresas en Inglaterra y en inglés, dejando las obras impresas en el extranjero y en otras lenguas fuera de protección<sup>71</sup>; e igualmente se observa en el Derecho norteamericano que, prácticamente hasta la ley 1976, no se protege plenamente a las obras procedentes del exterior. No hay que olvidar que USA se ha adherido al C. Berna muy recientemente.

---

<sup>71</sup> ROBERT A. GORMAN et al. , *Copyright for the Nineties...*, o.c. .p. 2

### **1.6.1 Espacio Público / Espacio Privado.**

#### **Eficacia del Derecho de Autor con la Publicación**

---

Recoger de nuevo, en primer lugar, de la importancia la publicación para desplazar la obra del espacio exclusivamente privado del autor, al público en el que, con su difusión, se pone a disposición del público, haciendo posible la satisfacción del derecho a la información.

### **1.6.2 El Principio de Territorialidad**

---

La propia naturaleza expansiva o difusiva de la obra o información requirió enseguida la regulación internacional de la institución. Lo que, obviamente, se vio precipitado y fomentado a medida que los medios de comunicación propiciaban esta expansión, que lógicamente se evidencia con la radio o la televisión, y máxime con las tecnologías digitales. "Geography is a physical constraint on that interconnection in real space, greater distance means greater cost. But information supported by broad distributional channels can balance the constraint of geography. Competition laws and constitutional norms keep this transportation system competitive. Competition laws make it hard for distributors to restrict or control distribution"<sup>72</sup>. Y así es, los condicionamientos del mundo real permanecen, incluso con una perfecta competencia en el mercado. Lo que no cabe duda es que los costes de transporte y el alto coste de creación y producción de la información, limitan su disponibilidad en el mercado. En la red este condicionamiento de la distancia física desaparece<sup>73</sup>

Los tratados internacionales son fruto de esta necesidad, así como la incorporación de normas de Derecho internacional en la legislaciones nacionales. La Convención Universal y el Convenio de Berna contienen importantes provisiones a este fin, y que los Estados firmantes aplican para dar una protección

---

<sup>72</sup> LESSIG, L., o.c. p. 114

<sup>73</sup> FRANCES CAIRNCROSS., *The Death of Distance.*, Massachusetts, 1997



similar a los autores propios y extranjeros. Así el principio de territorialidad ha sido el principio general; mientras el principio de reciprocidad ha sido el empleado por USA, mientras no pertenecía a Berna. La Unión Europea ante el "considerable aumento de la explotación transfronteriza de la propiedad intelectual"<sup>74</sup> ha elaborado varias Directivas para la armonización en el ámbito comunitario<sup>75</sup>, y, concretamente, en lo relativo a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información<sup>76</sup>. Esta última Directiva, en íntima conexión con la llamada Directiva del Comercio electrónico, ya citada, aboga por la coherencia del marco comunitario con el marco internacional, habida cuenta de la dimensión global del comercio electrónico<sup>77</sup>

### **1.7. Formalidades. Carencia de Valor Jurídico Sustantivo**

Mientras que los requisitos formales se han mostrado tradicionalmente como requisito indispensable tanto para el reconocimiento de la autoría como para la protección de la obra, han ido perdiendo todo su valor sustantivo para convertirse en meros requisitos para mejor probar o proteger, pero sin valor sustantivo. Tendencia universal, como lo prueba la general<sup>78</sup> adhesión al Convenio de Berna, que minimizan la importancia de estas formalidades.

## **CONCLUSIONES**

1.- La evolución histórica de la legislación muestra un equilibrio de intereses públicos / privados que se opera a través de la coronación de la figura del autor- y del corolario de sujetos empresariales e industriales- al que se le atribuyen

---

<sup>74</sup> Directiva 2001/ 29/CE del Parlamento y Consejo. Considerando 6.

<sup>75</sup> Un compendio de éstas, véase entre otros , *Legislación de la Propiedad Intelectual.*, Madrid, 2000

<sup>76</sup> La citada Directiva 2001/29/CE

<sup>77</sup> La citada Directiva del llamado Comercio electrónico, en su considerando 58.

<sup>78</sup> Algunos países como China aún permanecen fuera del Tratado.

un núcleo de derechos exclusivos, enmarcados en el tiempo y el espacio. A tales derechos se les impone límites para asegurar los derechos del público a la información, cuyo valor en un Estado democrático es indiscutible.

2.- Las categorías que estructuran el equilibrio jurídico de intereses del autor / público, permiten observar si el mismo es resistente en Internet o si por el contrario no se soporta.

3.- La protección jurídica del autor y del público comparten la misma raíz: el derecho a la información, desde la vertiente a crearla y explotarla, el uno, y a recibirla, el otro, como parte del derecho universal a la información. Y ambas vertientes se retroalimentan mutuamente, pues el fin supremo de la institución no es otro que propiciar el progreso técnico-científico y cultural de la Humanidad.

4.- La expresión original es requisito imprescindible pero insuficiente, pues en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos, explícita o implícitamente, se requiere su fijación en un soporte material tangible. Y es que la "materialización" cumple la función del control de las obras y sus copias.

5.- A partir de la concepción liberal de autoría y de derecho de autor, es posible diferenciar la información como bien público de la información como "mercancía" privada. Como bien privado, compete en el mercado, pero a su vez, como un bien público, es libre y necesaria para la formación de la llamada opinión pública, presupuesto básico de la legitimidad democrática y de los derechos fundamentales. Así identificamos la información como finita / infinita y como producto / proceso. La doble contradicción se resuelve en el Estado liberal mediante la llamada propiedad intelectual.

6.- El autor ejerce su dominio sobre su obra a través de los derechos exclusivos, patrimoniales y morales. Derechos exclusivos que, en virtud de la técnica, se han ido

fortaleciendo, por un lado, pero a la vez se han ido debilitando progresivamente, al ir perdiéndose capacidad de control sobre la copia, que constituye la esencia de la eficacia de la institución. Técnica que asimismo ha ampliado el ramillete de derechos de autor y otros derechos afines, y de otros sujetos titulares de los mismos, lo que ha venido a complicar el equilibrio y la disponibilidad de información libre al público.

La importancia de la decisión primera del autor de difundir es indiscutible, pues aunque después se dejara de difundir o explotar la obra, el paso del tiempo permitirá en el futuro que pase al dominio público, y por lo tanto información libre para la sociedad. Asimismo el hecho de la "publicación" es indispensable para activar íntegramente la institución, siendo de radical importancia delimitar el concepto de "público / privado", que se complica progresivamente con la tecnología.

**7.-** La fuerza expansiva de la obra o información ha requerido la celebración internacional de tratados y convenios, siendo el principio de territorialidad el que ha primado como principio general. Mientras que los requisitos formales han perdido su valor sustantivo para el reconocimiento de la autoría o la protección de la obra.

## **CAPITULO II.**

---

### **LA PROBLEMÁTICA TECNICO-JURIDICA DEL DERECHO DE AUTOR EN EL CIBERESPACIO. QUIEBRA DEL EQUILIBRIO ACTUAL.**

---

## 2.1. La Exclusividad Técnica de Internet<sup>79</sup>.

---

La red de redes de computadoras conectadas entre sí en todo el planeta para compartir los recursos e intercambiar información, es lo que se llama, en términos generales, Ciberespacio, y más concretamente, Internet. Una descripción técnica, pormenorizada, de la naturaleza de Internet, es fácil encontrarla en multitud de manuales.<sup>80</sup> Y parece más conveniente la remisión a la bibliografía especializada, para explicaciones técnicas más precisas antes que incurrir en la inexactitud. La referencia técnica a la que aquí se procede es necesaria para la comprensión del objeto de estudio y, desde el punto vista jurídico, imprescindible para mostrar la problemática que se produce a consecuencia de la misma. Por ello, se realizará sólo en tanto revele la problemática técnico-jurídica del derecho de autor en el llamado ciberespacio. Problemática que se produce, y es la que aquí se intenta mostrar, si observamos el originario Internet, libre de filtros y controles. Internet funcionando técnicamente para el libre flujo e intercambio de información<sup>81</sup>. Problemas que afectan, en mayor o menor medida, a ambas tradiciones jurídicas<sup>82</sup>.

No es que todos los problemas que provoca Internet sean totalmente nuevos, sino que en Internet tienen un especial impacto sin antecedentes, dada su exclusiva naturaleza técnica. Así, el deseado equilibrio entre libre acceso informativo /propiedad intelectual, ha sufrido a lo largo del tiempo más de una tensión. Los progresivos avances tecnológicos, desde la invención de la imprenta pasando por la reprografía y los nuevos medios audiovisuales hasta los

---

<sup>79</sup> Véase, entre otros, Arne, Paul H., "New wine in old bottles: The developing law of the Internet" en *Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series. PLI Order No. G4-3948.*, Practising Law Institute. September, 1995.

<sup>80</sup> Véase, entre otros: SÁNCHEZ NAVARRO, J.D. *Internet.*, Madrid, 1996

BALLON IAN, C., "Intellectual Property Protection and Related Third Party Liability"., en *Patents, Copyrights, Trademarks and Literary Course Handbook Series. PLI Order No. G4-4007.* Practising Law Institute. June, 1997. (I. Definitions and Concepts).

RAYSMAN, R., BROWN, P., AND NEUBURGER, J D., "Multimedia Law: Forms &Analysis. Glossary of Terminology for Emerging Technologies"., *Law Journal Seminar-Press* (Division of The New York Law Publishing Company) 1996.

<sup>81</sup> Véase el documento del Network Working Group, "Request for Comments: 1958, Architectural Principles of the Internet"., BRIAN E. CARPENTER, ed. (1996), disponible en <http://www.ietf.org/rfc/rfc1958.txt>.

<sup>82</sup> También véase, desde un enfoque jurídico, la descripción técnica que LESSIG L., realiza en su libro citado *The future of ideas*, o.c., Parte I., p.p 26 a 100

novísimos medios digitales, con las infraestructuras de la información que constituyen las denominadas autopistas de la información o Internet, han perturbado el equilibrio existente y el Derecho ha ido ajustando los desequilibrios. Cambios que, hasta el momento, han ido evolucionando el derecho de autor pero manteniendo las bases jurídicas esenciales de la institución. La cuestión candente ahora es ¿Es posible mantener la institución, aunque con algunas modificaciones, o, por el contrario no resiste los profundos cambios actuales? ¿Puede seguir asumiendo la institución los progresos tecnológicos como hasta el presente?.

*La Digital Millennium Copyright Act de 1998* y la Directiva europea 2001/29/CE, pretenden, al implementar los Tratados de la OMPI de 1996, mantener el régimen vigente mediante modificaciones legales y el establecimiento y protección de medidas técnicas al efecto. Es decir, se asume la problemática y se pretende su resolución al subsumir la nuevas realidades técnicas en las viejas categorías jurídicas que responden a los tradicionales medios de comunicación. El análisis que aquí se realiza, y no ajeno a otros análisis<sup>83</sup>, tiene por fin mostrar cómo el cambio físico o de infraestructuras de la comunicación y su lógica de funcionamiento, es decir, su estructura de producción y distribución, provoca cambios profundos en él tercer nivel de análisis, en la información misma, y, por lo tanto, en la regulación jurídica del derecho del autor.

Esta red de redes de computadoras de origen estatal, militar, nace en los 60, con la red ARPANET desarrollada por el *Advanced Research Projects Agency* del Departamento de Defensa de los Estados Unidos, promovida la investigación como consecuencia de la Guerra Fría existente con los países del Este. Este proyecto llevó a los científicos a desarrollar una tecnología que fuera capaz de enviar o recibir datos procedentes de dos puntos situados a gran distancia, incluso en medio de una guerra termonuclear mediados de los años ochenta, la *National Science Foundation* (NSF) se interesó por el proyecto para que las redes

---

<sup>83</sup> LESSIG, L., o.c. p.p. 23 y ss.

fueran utilizadas por los investigadores. La NSF y otros organismos, tal como la NASA, empezaron a desarrollar sus propias redes. La NSF creó su propios enlaces de comunicación entre sus centros de computación para que los científicos de toda la nación pudieran hacer uso de los recursos ofrecidos por los mismos. A finales de los ochenta empezó a alcanzar a otros países del mundo y la red ARPA original fue abandonada en 1990. A partir de esa fecha, a la "backbone" de NSF, red de los científicos, de alto rendimiento, se conectan otras redes. La expansión y crecimiento mundial de la red es incontenible y en plena explosión. Este breve recuerdo de los orígenes apunta a su inicial naturaleza estratégica y científica , que, desde mi percepción, influirán en su desarrollo y fin <sup>84</sup>.

Esta nueva tecnología desarrolla una nueva forma de comunicación, que es capaz de enviar y recibir datos procedentes de dos puntos situados a gran distancia. A ello se le ha denominado TCP/IP<sup>85</sup>, y los datos que viajan por Internet se dividen en pequeños paquetes de información. Estos paquetes son transmitidos desde una computadora a una computadora central (normalmente el servidor del proveedor) y de ahí a otras computadoras, siguiendo diferentes caminos y tipos de redes, y en consecuencia, por distintas clases de líneas de comunicación. Los tipos de enlaces que interconectan las redes son de todo tipo, desde líneas telefónicas alquiladas de punto a punto, como otras formas de enlace, satélite, radio, etc..<sup>86</sup>. La arquitectura de Internet posee características diferenciadas con otros medios de comunicación, con los que también comparte algunas afinidades. Sin embargo, sus diferencias lo convierten en un medio exclusivo y totalmente nuevo, cualificando los problemas

---

<sup>84</sup> Quiero decir, por ejemplo: las técnicas de seguridad y control de la información que están creando las Compañías de Software algunas tienen origen militar, así claramente en la criptología. Como también Internet nació primero con fines militares, y después científicos. Y el fin mas aplaudido y más defendible de Internet, como el científico, es el libre compartir información para el progreso de la humanidad.

<sup>85</sup> Transmission Control e Internet Protocol

<sup>86</sup> Sobre todos estos aspectos técnicos de las telecomunicaciones y la confluencia de los distintos medios de comunicación: en las publicaciones de conferencias dedicadas a los distintos aspectos de la telecomunicaciones del Institute for International Research. Y concretamente, *Globalcom'99*.

y las bondades que presenta.<sup>87</sup> Todas las características son, básicamente, consecuencia de su original arquitectura técnica de "end to end" o de "punto a punto". Así la comunicación en esta red de redes es interactiva, que ,a diferencia , por ejemplo, del teléfono, no se bloquea la línea de acceso a la información, sino que simultáneamente muchos pueden acceder al mismo tiempo a la misma información. La comunicación puede ir de punto a punto o de punto a multipunto o también puede producirse como una comunicación interpersonal, es el usuario /s quien decide en cada momento. La ubicuidad de la comunicación: cualquiera con un ordenador y el software preciso puede acceder a Internet, introducir o recibir información, con independencia de donde se encuentre y donde esté la información. De modo que es independiente estar en Nueva York o en Pedraza para acceder, por ejemplo, a cualquier página web de Singapur o dondequiera. E incluso trabajar con un ordenador remoto, vía Telnet, utilizando su información y recursos, como si fuéramos un terminal del mismo, estando en otro continente. A diferencia, por ejemplo de los medios audiovisuales, e incluso vía satélite, donde sólo es posible captar según su cobertura. En Internet la información es universalmente accesible. Este principio primordial de "punto a punto" pasa por ser el principio técnico más importante de la lógica arquitectónica de la red, del que se desprenden otros principios con importantes consecuencias técnicas de funcionamiento de la red. "The end-to-end argument says that rather than locating intelligence within the network, intelligence should be placed at the ends: computers within the network should perform only very simple functions that are needed by lots of different applications, while functions that are needed by only some applications should be performed at the edge.....Aimed at simplicity and flexibility,-end-to end- argument says that the network should provide a very basic level of service-data transport- and that intelligence- the information processing

---

<sup>87</sup> Véanse, entre otros: Fraser, Stephen., "The copyright battle: Emerging international rules and roadblocks on the Global Information Infrastructure". P.26 *JOHN MARSHAL Journal*. Summer 1997

Kuhn R. Benjamin ., "A dilemma en Cyberspace and beyond: copyright law by intellectual Property distributed over the Information Superhighways of today and tomorrow"., *Temple International and Comparative Law Journal*., spring,1996. P.5



needed to provide applications- should be located in or close to the devices attached to the edge -or ends- of the network”<sup>88</sup>

La descentralización es otro característica importante. La información no viaja por un solo camino, se descompone en paquetes que siguen rutas distintas y se recompone en el destino. No existe un control central desde donde se reenvía. La red de redes no tiene una estructura centralizada de donde partan o converjan las redes de las redes. La descentralización y la total ausencia de control, unido a su universalidad, por lo que cualquier ciudadano del mundo puede acceder libre y simultáneamente, imprimen un carácter a este medio que no posee ningún otro. “Internet that I’ve described so far is an architecture for distribution that admits of no controllers, architecture that neither needs nor permits the centralization of control that real space structures demand. And while this lack of control won’t on its own mean Hollywood fail, it will mean that the success of any particular kind of content is more convincingly a function of the desire for that content. Or at least, as we’ll see, this is what the traditional media fear”<sup>89</sup>. Es una forma de comunicación de conexión entre ordenadores, mundial y la información no reside “públicamente” en ningún ordenador concreto, sino que está descentralizada. Además, debido a esta descentralización existe una gran dificultad en “rastrear” la información, pues si ésta no puede viajar por una línea, si está ocupada por ejemplo, buscará otro camino más rápido.<sup>90</sup>

Los bajos costes de acceso y copia, con una calidad igualable al original, permiten no sólo la democratización de la información disponible en la red sino su rápida reproducción y diseminación. La velocidad de copia, sin esfuerzo y a muy bajo coste, con la calidad de original, permite su uso masivo y

---

<sup>88</sup> National Research Council., *The Internet’s Coming of Age.*, Washington, D.C. 2000. ,p. 30. Citado por LESSIG en el *The future of ideas.*, o.c. p. 34

<sup>89</sup> Ibid. p. 119

<sup>90</sup> Los routers o encaminadores son puentes de enlace inteligente que leen la dirección contenida en las primeras líneas de cada paquete y determinan la mejor forma de enviar el paquete a destino, teniendo en cuenta lo ocupada que esté la red. SANCHEZ NAVARRO, p.8

libre. Enviar y recibir copias es cuestión de apretar un botón. Por otra parte, no se puede obviar la necesidad técnica de este medio de realizar copias para su propio funcionamiento y economía<sup>91</sup>. Ningún medio de comunicación posee tal naturaleza, ni permite, por tanto, tal uso "democrático", inmediato, libre y universal de la información. Estas resaltadas características, amén de las omitidas y remitidas a la bibliografía, son esencialmente la clave de las bondades de esta vanguardista tecnología que va integrando a su vez las más modernas surgidas en otros campos, sea ingeniería, informática o microelectrónica. Naturalmente, esta arquitectura tiene importantes consecuencias para la creación e innovación técnica, científica o artística, descritas por la doctrina<sup>92</sup>. Pero también son la clave de importantes problemáticas, como las que se producen, desde la perspectiva jurídica, en el régimen vigente del derecho de autor. Observando cómo fluye la información en el ciberespacio surgen algunas preguntas que ponen en tela de juicio la actual regulación jurídica del derecho de autor.

## **2.2 Objeto De Protección: La Creación en el Ciberespacio**

---

Si a través de la llamada propiedad intelectual se pretende la protección de los autores y el resultado de su creatividad, con el fin de incentivar y promocionar el progreso científico, técnico o artístico de la humanidad, no parece, en principio, que Internet sea lugar seguro para que tal protección, en los términos vigentes, se lleve a cabo.

Cualquiera, navegando por Internet, puede acceder a todas las creaciones que libremente se encuentran y hacerlas suyas de la forma que apetezca, vulnerando casi "impunemente" el derecho

---

<sup>91</sup> El significado técnico de "catching" o "mirroring", en el citado "Glossary of Terminology.." que lo describe como la práctica de almacenar en el servidor las páginas más frecuentadas con el fin de facilitar su bajada por el usuario. La Directiva citada 2001/29/CE ha incluido como excepciones al derecho de reproducción estas copias técnicas que forman parte del propio funcionamiento del sistema. Ha sido la manera legal de salvar lo que técnicamente es natural y necesario.

<sup>92</sup> Entre otros, Lessig, L., o.c. p. 36 y 37

de autor?. Ahora bien, todos los materiales informativos que encontramos ¿son creaciones?. ¿Ha llegado el momento de extender o ampliar la protección a otros materiales que hasta el momento estaban dentro del dominio público? Existen muchos materiales que no encajan en lo que entendemos hoy por una obra artística, pero obviamente pertenece alguien, que los ha elaborado personalmente, y que merecen, cuando menos, ser respetados. ¿Es una hoja Web objeto de protección? ¿Aún siendo transitoria? ¿Y la información que contiene? ¿Son ideas o hechos lo que contiene, o su mínima expresión original es susceptible de protección? Parece que puede haber un trasvase de materiales que se entendían en el dominio público hacia el privado.<sup>93</sup> Y amén de la protección de datos,<sup>94</sup> los ficheros, y en el caso, por ejemplo de los FTP,<sup>95</sup> ¿merecen algún respeto, desde el punto de vista de la protección intelectual, o cualquiera podría, además de consultarlos o transferirlos a su ordenador, pues son de dominio público, tomar una o varias informaciones y firmarlas como suya y hasta comercializarlas? ¿Información en Internet es información del dominio público?. Muchos de los lugares de acceso son el resultado de la participación de muchos que ni tienen relación ni se conocen ni tienen voluntad de coactuar conjuntamente, ¿a quién pertenece el resultado? ¿Ante qué tipo de obra estamos?. Así por ejemplo en las *News* o las *Chats*, donde se pueda introducir piezas que no dudamos en considerar creaciones, puesto que libremente se introduce lo que se quiere. Si un usuario Internet toma diferentes elementos de distintos sitios que visita y con ello, entre las muchas posibilidades, elabora su propia página *web* ¿debe pedir permiso a los respectivos autores? ¿Y si en la mezcla total no se reconocen

---

<sup>93</sup> Véase a AOKI KEITH., "Authors, Inventors, and Trademark owners: Private Intellectual Property and the Public Domain". Part 1. *Columbia VLA Journal of Law and the Arts.*, Fall 1993, pp. 4-7

<sup>94</sup> M. DAVARA. M. RODRIGUEZ., *La protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones.*, Madrid, 2000. Y la reciente Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de Julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

<sup>95</sup> Un fichero FTP ( File Transfer Protocol) herramienta de software que permite transmitir archivos a través de Internet entre una máquina local y otra remota. Afirma SÁCHEZ NAVARRO "Puesto que estos programas son de dominio público, cualquier usuario puede copiar o transferir estos archivos a su sistema desde la computadora en la que residen", o.c. p.63

pero subyacen? Por ejemplo en las **obras multimedia**<sup>96</sup>. ¿Los autores de los programas que nos ayudan a crear, son coautores?. ¿Qué es creación y qué no lo es en Internet? ¿es posible mantener el mismo concepto o el mundo virtual debe de modificar esta mentalidad?

Entre las posibilidades de recursos creativos en la dinámica de funcionamiento de la red aparecen el **link (enlace)** o el **framing**<sup>97</sup> (**enmarcamiento**), que tan controvertidos resultan<sup>98</sup>, decir, desde el punto de vista del derecho de autor o copyright, que prohibir el "link" o el "framing" sería como prohibir las citas o las referencias bibliográficas, legalmente hechas, en el mundo real. Es más, mientras que allí es posible eludir datos de identificación aquí queda completamente identificada la fuente. Cuestión distinta es la problemática que se plantea en relación a las marcas y la posible confusión o asociación a que pueda dar lugar. Algo parece apuntar que la líneas trazadas en el Derecho vigente entre dominio público y dominio privado se han, cuando menos, movido.

Ahora bien, se corre el peligro de privilegiar más un interés que otro. Suponer que todo o casi todo es de dominio público en Internet, significa desproteger a los autores y por lo tanto desincentivar la creación, con el consiguiente daño al progreso social y cultural. Pero entender, como algún sector doctrinal, que, ayudados por los esfuerzos de las compañías de software, el autor poseerá más mecanismos de control que nunca para hacer valer su derecho y sus intereses privados, significa privar al público de información necesaria, y de posibilidad de

---

<sup>96</sup> "forma de presentar información, a través de un ordenador, utilizando varios medios, como texto, gráficos o sonido. También puede entenderse como el producto o soporte que, a través de técnicas digitales, presenta texto, fotografías, sonidos y/o imágenes y programas de ordenador de forma que permite su acceso a través de un ordenador bien "on line" o bien mediante su adquisición "off line". VOCABULARIO USUAL SOBRE NUEVAS TECNOLOGÍAS. Los Derechos Intelectuales del Artista del Medio Audiovisual. AISGE., P. 58

<sup>97</sup> Para un uso y entendimiento preciso de estos términos, véase por todos: Glosario de términos de Internet. Microsoft Corporation. En [www.uco.es/ccg/glosario/glosario.html](http://www.uco.es/ccg/glosario/glosario.html). VVAA., Nomenclatura, términos técnicos y conceptos de los mercados de telecomunicaciones. Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones., Pamplona, 1999. La traducción literal de "link" es enlace; y la de "framing" es marco o enmarcamiento. Y para cualquier usuario de la red esto es práctica habitual.

<sup>98</sup> Véase el trabajo: JACKSON MATT "Links copyriht to Homepages" *Federal Communications Law Journal.*, April 1997. El autor asemeja los enlaces con los números de teléfono, p. 17

conocimiento merced a la tecnología, con el consiguiente daño al progreso social y cultural.

Como bien analiza Keith Aoki, la doble naturaleza de la información como bien público de la sociedad y "mercancía" privada en el mercado, entra en profunda contradicción en este medio. Boyle también subraya tal contradictoria<sup>99</sup> naturaleza de la información, insita en el Estado liberal. La división Estado y sociedad civil, espacio público y privado, y su traslación a la información, en cuanto significación y función a realizar en ambas esferas, supone una contradicción que no se soporta en los nuevos medios. Es decir, su libre acceso en el espacio público, por su indudable valor democrático, -el llamado mercado de las ideas-; y su acceso restringido, como mercancía, en el espacio privado del mercado de la competencia<sup>100</sup>. No es fácil definir lo público o privado en Internet. Claramente el e-mail es privado, *mutatis mutandis* como el correo tradicional; pero mi acceso a una Web desde el ámbito privado de mi hogar, desde donde "bajo" o copio información ¿es un acto público o privado? ¿Es como ver la televisión desde el cuarto de estar de casa?. En este último caso contamos en que está siendo difundido, y por lo tanto "pública", a unas determinadas áreas de cobertura; en la red pueden ser muchos compartiendo una información en un determinado momento, pero estar en el ámbito privado que ofrecen las redes P2P. La copia de un documento desde la red en mi ordenador, ¿es una copia privada o es un acto público de reproducción o transmisión?. Mi participación en un chat, con un grupo de gente, ¿es público o privado? ¿Es Napster un lugar de encuentro privado "entre amigos de la red" para el intercambio de sus canciones o es un lugar público donde se reproduce y distribuye ilegalmente la música? Estas son sólo algunas preguntas de las que surgen casi a cada momento.

Aoki recoge<sup>101</sup>, retomando a Boyle, la características que se confrontan en su dual naturaleza: como bien público, la

---

<sup>99</sup> BOYLE, o.c. p. 25

<sup>100</sup> BOYLE., Ibid.p.25 y ss.

<sup>101</sup> AOKI., oc. P.8y 9

información es ilimitada, infinita. El consumo por unos no significa el agotamiento para otros; y una vez hecha pública es imparable su difusión, y es imposible someterla a precio en todo caso. Sin embargo, como bien privado o mercancía es finita o limitada. La venta de la misma significa que se reducen las existencias para los demás. Y que a través del precio del mercado se intentan recuperar los costes de producción y obtener beneficios. Precisamente esa es la función del derecho de autor: al garantizar al autor, a cambio de dar a la luz su creación, derechos exclusivos que le permiten excluir a otros en el mercado a comercializar y acceder a su obra si no es mediante precio o en las condiciones que determine . De esta manera se incentiva y se posibilita recuperar los costes de producción y obtener beneficios en su caso. Las razones de eficiencia económica son razones importantes para el mantenimiento de la institución, sin embargo esas razones de eficiencia económica son distintas en el mundo digital de la red<sup>102</sup>. En Internet esa garantía de la propiedad intelectual se esfuma: una vez la obra en la red, es muy difícil controlar el acceso y copia de la misma. Pues aún en el supuesto de la utilización mecanismos técnicos de gestión de los derechos del autor, nada nos impide difundirla hasta el infinito vía e-mail. Su naturaleza de bien público parece fortalecerse hasta el extremo. ¿Ocurrirá ahora que los autores no crearán? Cuestión distinta será si se imponen las barreras y fronteras del mundo físico a Internet, mediante mecanismos técnicos de control , o de acceso con imposibilidad técnica de copia, por ejemplo.

#### **2.2.1. La Originalidad que Fluye por Internet. Obras de Autoría y Otros Tipos.**

---

Si la originalidad es requisito indispensable para la protección intelectual de una obra, en Internet y fuera de Internet , no todas las expresiones son objeto de derecho de autor. Ahora bien, si la evolución histórica de esta institución ha ido reduciendo al mínimo las dosis necesarias de

---

<sup>102</sup> ROBERT A. GORMAN Y JANE C. GINSBURG., *Copyright for nineties.*, o.c . p.p.20. Y también a LESSIG, L., o.c., p.p. 86 y 88

originalidad<sup>103</sup>, en un nuevo espacio como el cibernético, por sus características parece necesario extender la protección a otros materiales. Y no sólo a aquellos en los que recaían los llamados derechos afines, ejemplo también de la progresiva expansión de protección a obras no siempre del todo originales, sino también incluso aquellos que se vean solo afectados por la impronta personal de cualquier usuario. El incremento de materiales, que se situaban en el libre dominio público , hacia el espacio privado dominio del autor, es criticado por Boyle<sup>104</sup>, pues el autor encuentra que aquello que es materia prima libre para su utilización por todos, es apropiado por los autores, que lo convierten de su propiedad y lo someten como mercancía en el mercado, limitada por su derechos. El concepto de "originalidad" íntimamente unido, y explicable solo, al concepto de "autoría" son conceptos "románticos", como explican algunos autores, nacidos a finales del siglo XVIII con el concepto legal de propiedad intelectual.<sup>105</sup>

El concepto de propiedad de Locke, como señala Elizabeth Eisenstein, influyo en la concepción de la institución, como demuestra la progresiva mercantilización de la obra y el hecho de que los conceptos de plagio o de propiedad intelectual no existieran con los juglares, antes de la imprenta.<sup>106</sup> El proceso de producción masiva industrial ha ido minando las bases "románticas" de la originalidad y de autoría, siendo necesaria la progresiva aceptación de "obras" que no nacen en el reino de la personalidad creativa del autor. Así por ejemplo, si la transmisión de un partido de fútbol, poco o nada tiene que ver con esa idea de creatividad, tampoco la recolección de datos o hechos del dominio público o la simple captación de la realidad por una fotografía.

Ahora bien, este proceso "in extremis" desemboca en el Ciberespacio, pues por el mismo corren muchos materiales

---

<sup>103</sup> Véase, por ejemplo, el caso de las guías telefónicas: Feist Publications, Inc. V. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340, 345 (1991) . En Aoki., oc., p.14

<sup>104</sup> BOYLE ., oc.p.51

<sup>105</sup> Véanse, entre otros: AOKI., o.c. , pp. 12 a 12 y ss. También los ya citados autores en el capítulo anterior que son estudiosos de la construcción histórica del copyright y la generación de estas categorías. Tales como los ya citados GOLDSTEIN, P., ROSE, M., BOYLE, J., JASZI PETER, etc.

<sup>106</sup> EISENSTEIN, ELIZABETH., *Printing Revolution in the Early Modern Europe*. 1983 p.84

puramente fácticos o incluso puras ideas, que puede defenderse pertenecen al dominio público pero igualmente puede defenderse que al tener origen en un usuario que los ha colocado allí, en una determinada forma, puede ser objeto de protección intelectual. Así, ¿Qué ocurre con las news o con las informaciones de las chat o simples informaciones que nos encontremos en una *Web*?

Pero ocurre también en sentido contrario. El autor o usuario, al crear, a través de estos medios digitales, encuentra instrumentos, materiales, expresiones, a su disposición creativa, que le restan, en otro sentido, soberanía creativa. Piénsese en obras plásticas, cinematográficas o multimedia. O simplemente escritores o usuarios, que ayudados de programas informáticos, pueden obtener diferentes versiones de un texto o usar y rehusar fuentes de manera inimaginable hasta ahora. Por no hablar de obras multimedia, posibles en este contexto y donde es posible utilizar diferentes elementos hasta los irreconocible, incluso; pero donde el autor esta participando de otras creatividades, y por tanto no solo es ayudado sino que podríamos quizás hablar de coautoría o colaboración o colectividad. ¿ Pues dónde comienza nuestra creatividad? ¿ Ha habido encuentro de voluntades o pura casualidad? ¿Estamos siendo originales? ¿ Qué es nuestro y que es tributario de los otros? Preguntas que si en el mundo físico también tenían su razón de ser, ahora cobran fuerza "apocalíptica".<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> Sobre este tipo de prácticas y autorías, véase: SAMUELSON, PAMELA., "Some New Kinds of possible Authorship made possible by computers and some Intellectual Property Questions they raise", 53 U. Pitt. L. Rev. 685, 1992. Chon, Margaret., "New Wine Bursting from old Bottles: Collaborative Internet Art, Joint Works, and Entrepreneurship"., *Oregon Law Review*, Spring 1996. Schlachter, Eric., "The Intellectual Property Renaissance in Cyberspace: Why Copyright Law Could be Unimportant on the Internet"., *Berkeley Technology Law Journal*, 1997. *Symposium. Digital Content: New Product and New Business Model*.



### 2.2.2. La Fijación Material de la Información On-Line

---

El requisito de la fijación estable, no transitoria, de la información en un soporte material, no parece, en principio, describir el lugar de comunicación de Internet. Cuando comunicamos y tenemos la información en pantalla, sea o no a tiempo real, es decir, on-line, técnicamente, para poder leer la información ésta se deposita en la memoria volátil del ordenador, y estará cifrada conforme al sistema analógico o digital, pero si apagamos el ordenador o cambiamos de lugar, ésta desaparece, pues no está fijada, a menos que la copiemos en algún soporte material, como el disco duro, papel o diskette, o cual sea.<sup>108</sup> El requisito de expresa mención en el derecho norteamericano, también es exigible en el derecho europeo y español, como se deduce de la legislación y la jurisprudencia.<sup>109</sup> Así en la ley española, cuando regula la facultad de reproducción, expresamente requiere: "art. 18. Reproducción: Se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y obtención de copias de toda o parte de ella". Y seguidamente en el art.19. "Se entiende por distribución, la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma". La única facultad de explotación que parece no requerir fijación material en un soporte es la comunicación pública "todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas (art.20)"<sup>110</sup>

Partiendo de este requisito indispensable, es posible afirmar seguidamente que el régimen vigente de derecho de autor no es aplicable en Internet, puesto que no se dan los supuestos fáctico-jurídicos necesarios. Y ello es una buena salida para burlar o cuando menos ignorar el derecho de autor impunemente en

---

<sup>108</sup> Una descripción técnica de este funcionamiento y su problemática para el derecho de autor: MASSON, DOUGLAS J., "Fixation on Fixation: Why Imposing Old Copyright Law on new Technology will not Work?", *Indiana Law Journal*. Fall, 1996.

<sup>109</sup> La exigencia de la grabación de las emisiones de televisión o radio para su protección son buena prueba de ello.

<sup>110</sup> Ley de Propiedad Intelectual. Real Decreto Legislativo 1/996 de 12 de abril (BOE de 24 de abril).

el ciberespacio, como muestra una temprana jurisprudencia norteamericana<sup>111</sup> Ahora bien, como observa D.J. Masson, al igual que el requisito de la originalidad se ha llevado a mínimos, igualmente puede suceder con el requisito de la fijación; siempre que sea capaz de permitir la percepción directa de la información o por medio de cualquier mecanismo<sup>112</sup>. La información, la creación, parece liberarse de la necesaria fijación material, y es conforme a su propia naturaleza más volátil y propagadora que nunca. Esta problemática se explica pormenorizadamente en el trabajo de Margaret Chon<sup>113</sup>.

Afirma John Perry Barlow, cofundador de la Fundación Frontera Electrónica: El régimen de protección actual está basado en los continentes más que en los contenidos. Y uno de los efectos de la tecnología digital es que ésta convierte los continentes en irrelevantes, ya no son necesarios para dar a la luz la creación.<sup>114</sup> Efectivamente, esa tradicional "fijación en la fijación" de la obra puede acarrear no pocos y dramáticos problemas en los nuevos medios digitales, puesto que pueden quedar sin efecto la mayoría de los derechos exclusivos del autor, como después se verá. Es posible, por supuesto, y así se pretende enmendar el desajuste, entender como suficiente la fijación que se verifica en la memoria RAM del ordenador, y así mantener básicamente el régimen actual<sup>115</sup> Conforme a tal planteamiento, la memoria RAM no es tan efímera o al menos comparable a las imágenes cinematográficas o a las emisiones televisivas. Sin embargo, tal consideración no es exacta, desde

---

<sup>111</sup> Véase, entre otros, casos Nintendo, Play boy.....en : Carlson A. Brian., "Balancing the Digital Scales of Copyright Law" en *SMU Law Review*, March- April, 1997. Glynn., Patrick J., "Cyber Copyrights: Internet Provider Liability.", *Texas Bar Journal*., July, 1997 Y una página Web donde puede encontrarse casuística reciente: <http://www.eff.org/IP/P2P/music-to-our-ears.php>

<sup>112</sup> DOUGLAS J. MASSON., Fixation on Fixation: "Why imposing old Copyright Law on new Technology will not work"., *Indiana Law Journal*, fall, 1996 p.4

<sup>113</sup> MARGARET CHON., "New Wine bursting from old Bottles: Collaborative Internet Art, Joint Works, and Entrepreneurship"., *Oregon Law review*., Spring 1996 p.2

<sup>114</sup> Citado por D.J. Masson. O.c. p 4

<sup>115</sup> Básicamente: El Libro Verde y Blanco de la Administración Clinton: *Information Infrastructure Task Force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights* 5 (1995). (White Paper). *Information Infrastructure Task Force ("Task Force")* July, 1994 (Green Paper) .Y el Libro Verde de la Unión Europea: *Libro Verde. Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información*. Bruselas, 19.07.1995 COM(95) 382 final. Así también los Tratados de 1996 en Ginebra de la OMPI: Tratado de la OMPI sobre derechos de autor. Y, Tratado de la OMPI sobre los derechos de Interpretación o Ejecución y Fonogramas, disponibles <http://www.wipo.org/spa/>

que es más enfocada a la memoria ROM, en la que por supuesto hay copia estable, al igual que lo hay en las películas donde se graban la imágenes cinematográfica o emisiones televisivas<sup>116</sup>. En cambio, la copia en RAM, además de técnicamente necesaria para el funcionamiento del sistema, significa que sin moverse el original, muchos desde muchas partes y a la vez pueden acceder a la misma de una manera efímera e incluso después no conservar "copia estable" de la misma, al cambiar de lugar o apagar el ordenador. A diferencia de una emisión televisiva, perfectamente localizada en el tiempo y espacio, donde la información está siendo reproducida en tiempo y audiencia , más o menos controlable. Y grabada en soporte estable por los emisores, para su protección. Cuestión distinta de la grabación simultánea y reproducción posterior legal, es la ilegal cuando se realiza sin las autorizaciones oportunas. Pero son actos distintos y localizados temporal y espacialmente.

La liberación del "cuerpo físico" para revigorar "la esencia espiritual" puede acarrear , quizá, algo más que una simple modificación legal rebajando a mínimos el requisito de la "fijación en un soporte material estable". Puesto que tal "materialidad" supuso y supone el control sobre la copia, y, en consecuencia, de los derechos exclusivos. La Directiva 2001/29/CE y la Digital *Millennium Copyright Act* salvan el "escollo" de la cuestión de la necesidad de "soporte material permanente" mediante la ficción de materialidad estable en Internet y asumiendo los viejos conceptos y mediante mecanismos técnicos de control para asegurar las viejas facultades de explotación.

La inmaterialidad refleja el cambio del medio o sistema de comunicación en sus niveles físico y lógico<sup>117</sup>, lo que en su relación con la información que comporta, no deja impasible al derecho de autor sobre la misma, ni a la misma información. Impacto en la concepción económico-social de la información,

---

<sup>116</sup> Ibid. P.6

<sup>117</sup> Ver al citado Yochai Benkler., "From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation", *Federal Communications Law Journal* 52., 2000, pp 561,562-63

puesto que si de un recurso físico tiene sentido su control y explotación económica en el mercado y en competencia<sup>118</sup>, en el contexto digital ese recurso se convierte en "inmaterial", con lo que cambia su naturaleza de recurso limitado y escaso que compite en el mercado, a un recurso de naturaleza ilimitada, inconsumible, siempre con disponibilidad. Y lo que es bueno en el mercado "real" no tiene por qué serlo en Internet<sup>119</sup>.

### **2.3. Sujetos Protegidos: La Autoría en el Ciberespacio**

---

Hasta fechas recientes, parecía bastante fácil identificar la obra de autoría y quién, por tanto, era autor de una obra. El fundamento y entendimiento de la institución se generó, precisamente, desde y en torno a la figura central, individual, soberana y creativa del autor. Si por obra de autoría se entendía aquella con suficientes dosis de originalidad, nacida del pensamiento exclusivo y propio de un creador, el autor, como dueño y señor de su obra, ahora este concepto radical parece esfumarse, al caer las bases históricas, filosóficas y materiales en que estaba basado. Si el concepto de derecho de autor, en la tradición europea, o en la anglosajona del copyright, tiene su eje central en la figura del autor, conforme a las premisas nacidas a finales del siglo XVIII, y auspiciada por las corrientes liberales de los derechos naturales, y especialmente de la propiedad, la romántica concepción de "autoría" y las ficciones jurídico-literarias en las que se enraíza muestran sus contradictorias bases en Internet.<sup>120</sup>

Si como bien explica Aoki<sup>121</sup>, tal romántica idea basada, desde el punto de vista jurídico, en la originalidad y el autor como sujeto individual, cuyo espíritu original creativo genera una obra propia, es decir, la autoría individual media en la tensión entre el dominio público y el privado; entre los

---

<sup>118</sup> LESSIG, L., o.c. p.p. 115

<sup>119</sup> IBID. p. 86 y ss.

<sup>120</sup> Véase los ya citados GOLDSTEIN., ROSE, BOYLE, o.c. p.31., entre otros y como ejemplo. . El estudio histórico de la gestación de la institución es indispensable para la comprensión y explicación del cambio de entendimiento de lo que es autoría y autor en estos novísimos medios.

<sup>121</sup> Aoki., o.c. p.29

intereses sociales y los intereses privados, entre lo que debe formar parte del libre acceso y expresión y aquello que es monopolio o propiedad del autor. La idea original del autor se manifiesta externamente a través de una forma o expresión. Y a través de la dicotomía idea /expresión se media entre lo que retiene el autor como derecho y lo que pertenece al espacio público. El entronado autor y su corona de originalidad han sido la clave de la bóveda de la institución. Como Boyle también entiende: al disgregar la obra en "idea" y "expresión" es posible dar al público la idea, y al atribuir la expresión al autor, aparentemente se media en la contradicción entre bien público y la necesidad privada. Y desde el punto de vista del análisis económico, idea y expresión aportan la base para la justificación entre bien público y mercancía privada<sup>122</sup>.

Si el trasvase de material desde el dominio público al privado ha sufrido un constante y creciente aumento<sup>123</sup>, y las dosis de originalidad exigibles han ido evolucionando a su mínima expresión, tal como se ha indicado; añadiendo la progresiva protección de "obras" de dudosa autoría (derechos afines) pero fruto claro de la producción industrial informativa de los medios de comunicación de masas (radio, televisión , cine..), y sin olvidar la fundamental crítica a la concepción de autoría, que olvida las constantes fuentes culturales de información que ha bebido y toma el autor, consciente o inconscientemente, como mero transmisor, es posible afirmar que el desenmascaramiento más rotundo se conoce en Internet. Pues la obra en la Red, desprovista de continentes materiales, queda "desnuda" y expuesta al público. Y no sólo las ideas o hechos vuelan libres al público, sino que la forma o expresión, que puede estar muy atenuada, en su valoración de originalidad, también, hoy por hoy, encuentra una gran propagación sin control.

---

<sup>122</sup> BOYLE., oc. p.58

<sup>123</sup> IBID.

### 2.3.1. Todos los Usuarios Autores en Internet?

---

El genio solitario parece no tener sentido en el ámbito del ciberespacio , puesto que desde el momento en que cualquier usuario Internet utiliza su ordenador y al utilizar sus instrumentos y ciertos programas informáticos, ya sea para escribir, dibujar crear música, o investigar, la participación de éstos en el proceso de elaboración es tan activa que no es posible distinguir hasta dónde llega su aportación. Pero, evidentemente el "genio romántico" ya no está tan solo ni su "creación" parece ser fruto exclusivo de su interior. Asimismo, cuando tomamos y retomamos de las múltiples fuentes que al hojear , o "*browsing*", encontramos en Internet , y elaboramos mensajes, o lo que sea, a partir de los mismos o reelaboramos a partir de éstos , no se puede decir que el resultado sea absolutamente nuestro<sup>124</sup>. La página *Web*, que bien hemos realizado personalmente o se nos ha diseñado, y que vamos elaborando, y reintroduciendo información, que contiene enlaces, cual sea el objeto de la misma, ¿es una obra de autoría? ¿Depende de cada caso o cabe pensar que siempre hay alguna impronta personal creativa digna de protección intelectual? ¿O es obra colectiva? ¿O de colaboración?

Recientes críticas y teorías de la autoría, estructuralistas y postestructuralistas, tal como la teoría de Rosemary Coombe o las de Richard Rotstein y Keith Aoki <sup>125</sup> cobran absoluta vigencia en este contexto. Según Rosemary, y su teoría "*recording*", entiende el proceso de creación como algo complejo dependiente de multitud de factores de producción y símbolos culturales. El autor y el lector o la audiencia son responsables de la creación, el lector se convierte en autor también en ese proceso. La teoría del intertexto de Rotstein y Aoki incide en esa misma idea de interacción autor- audiencia, que como

---

<sup>124</sup> No olvidemos en la red se pueden introducir obras de autoría, en su concepción tradicional y elaboración convencional.

<sup>125</sup> Véase el trabajo de MARGARET CHON., "New Wine Bursting from old Bottles: Collaborative Internet Art, Joint Works, and Entrepreneurship". *Oregon Law Review. Spring*, 1996., p. 4

señalan, en el ciberespacio se hace más patente, en el que el usuario se convierte en creador, aún sin tratarse de obras de colaboración <sup>126</sup> La división autor-lector se difumina, pues se produce un "íntertexto" en el que el usuario toma y recrea, en una cadena indistinta de autor-lector.

En el ambiente comunicativo Internet, tanto el autor, en sentido clásico, es claramente tributario de la información y las herramientas informáticas creativas que se le ofrecen, como el usuario, en sentido clásico, se percibe más claramente creativo, más o menos original, pero tributario igualmente de la producción cultural que encuentra y participa activamente. Así pues, en un *Boletín Board* o *News* o en una *Chat*, su participación activa colabora en un total, que en su conjunto puede tener una originalidad, con independencia de las partes, y en donde los posibles "coautores" ni se conocen ni se han puesto de acuerdo en tal creación. Y ni que decir tiene de aquellas ocasiones en que se requiere a los usuarios o visitantes de una *web* su participación para la creación de una determinada obra o sin requerimiento hay espontánea participación. ¿A quién pertenece el resultado final? ¿Quién es el autor-es? ¿Quién lo inició? Todos? ¿Ante qué tipo de autoría nos encontramos? ¿Hay realmente creación? ¿Es prosecuible? No se puede olvidar la naturaleza técnica de los nuevos medios, que en interacción con el usuario, cambian la mentalidad creativa e inciden de manera decisiva en el proceso intelectual: su rapidez, instantaneidad, la facilidad para saltar de una fuente a otra por los enlaces (*linking*), las infinitas posibilidades para manejar y "manipular" la información. Así por ejemplo, sólo en el ejercicio de la abogacía, y en todo el Derecho en general, este medio cambia los usos, costumbres y maneras de trabajar y actuar que no dejará incólume el tradicional entendimiento de la profesión<sup>127</sup>. Cita, por ejemplo, el autor la importancia del hipertexto e hipermedia <sup>128</sup> en

---

<sup>126</sup> MARGARET CHON., *oc.* p 4

<sup>127</sup> Véase para este tema: M. EIHAN KATSH., *Law in a digital world.*, New York, 1995

<sup>128</sup> Desde el punto de vista técnico el término "hipertexto" describe un tipo de funcionalidad de exploración en línea interactiva. Los vínculos (direcciones URL) incrustados en palabras o frases permiten al usuario seleccionar texto (p.ej. haciendo clic con el ratón) y mostrar inmediatamente información relacionada y material multimedia. *Glosario de términos de Internet.* Microsoft Corporation, 1996.

todas las prácticas jurídicas<sup>129</sup>. La posibilidad de que el abogado esté al mismo tiempo con su cliente, consultando fuentes jurídicas, a la par que conecta con la otra parte y está en conexión con el órgano judicial, transforma toda la mentalidad y práctica profesional, en este caso. De la misma manera, a la hora de crear, por ejemplo una información jurídica, a todas éstas posibilidades, de acceso, consulta, toma inmediata de fuentes, trabajo no lineal sino totalmente a merced de nuestro deseo (gracias al hipertexto e hipermedia), se une todas las posibilidades de elaboración de los mensajes que nos permiten los programas y herramientas informáticas, no cabe duda que, el resultado no es fruto exclusivo del genio solitario del autor, sino que parece evidente su deuda al entorno cultural y a la sociedad.

Dicho lo anterior, no es difícil tampoco imaginar a cualquier ciudadano que como usuario de estas novísimas tecnologías, no pueda con su ayuda "crear" lo que hasta entonces los factores tiempo, espacio, economía, estatus social, educacional y cultural, le vedaban o le obligaban a una heroica hazaña. Como tampoco lo es encontrar, sin embargo de todo lo anteriormente expuesto, la "obra de autoría" y el "autor" en su concepción tradicional, haciendo gala de las más altas cotas de originalidad y creatividad.

### **2.3.2. Explosión de la Coautoría o Aparición de Nuevas Formas de Creación**

---

La doctrina reclama un mayor reconocimiento de las obras como de colaboración, en vez de su clasificación como obras de un solo autor, en que está basada tradicionalmente la institución<sup>130</sup>. No me estoy refiriendo ahora, conforme a la

---

<sup>128</sup> ETHAN KATSH., o.c. p.95

<sup>130</sup> Véase esta doctrina en JANICE R. WALKER., "Protecting Cyberspace: Copyright and the World Wide Web". *Federal Lawyer*. May, 1996 p.6



legislación vigente<sup>131</sup>, a "colaboración" en sentido estricto legal, sino a que las obras son fruto de un compartir las obras de otros, y que, de alguna manera, "colaboran" con nosotros. Y en este medio donde, como afirma Theodor Nelson, es tan fácil el cruce de referencias, el salto rápido de una fuente a otra, y la reelaboración a partir de extractos citados en diferentes contextos, hasta el punto que el propone el "*transcopyright*", para compensar el continuo reuso de la información en este ámbito.<sup>132</sup> El origen de Internet tiene por objeto el compartir e intercambiar información libremente, primero en el ámbito militar y después en el científico universitario, y ésta es por tanto su originaria naturaleza. Todo lo que contradiga ésta en su continua expansión, convertirá a Internet en otra cosa distinta, mejor o peor, pero distinta de su original propósito. Afirma Margaret Chon que en el "*networked environment*" la idea tradicional de autoría es extraña, y lo más común es la colaboración o interacción<sup>133</sup>. De acuerdo con la autora, no encaja la tradicional categoría de "*joint work*", en el Derecho anglosajón, o "de colaboración" o "colectiva" en el europeo, y español, con lo que se produce en la red. Precisamente para ilustrarlo, la autora cuenta cómo se llevó a cabo un proyecto artístico visual que simboliza, en su mayoría, como se procede en Internet, y que no cuadra para nada con la categoría legal de "joint work" u "obra de colaboración o colectiva".

El proyecto del artista Bonni Mitchell, "*Chain Art Project*", tuvo lugar en el ciberespacio, y se trata de una participación en cadena que se inició por un estudiante de la Universidad de Oregón, al introducir una primera imagen en un fichero FTP, que contiene la idea inicial de la obra del artista, y que después es retomada, por otra persona de otro Estado o país, que la modifica. Esta cadena dio a lugar veintitrés grupos de imágenes, que se reunieron en una, de 136 participantes de diez países distintos. Mitchell se pregunta: ¿Quién es el autor de la obra resultante? ¿Lo es él, porque

---

<sup>131</sup> Ni la Directiva europea ni la Ley americana del 98 han introducido novedad al respecto ni nuevas categorías.

<sup>132</sup> THEODOR NELSON, está citado por WALKER, JR., en anterior nota., p. 6

<sup>133</sup> MARGARET CHON., o.c p. 3

inició y coordinó el proyecto artístico? ¿Puede una galería exponerlo y venderlo? ¿Quién debería cobrar? ¿cómo se podría pedir permiso a cada posible autor, pertenecientes a distintos países, con distintos idiomas y legislaciones? ¿Y cómo, conforme a las diferentes legislaciones, se puede salvaguardar la integridad y los posibles usos de la obra? Mitchell reflexiona sobre el hecho de que en el proceso, al pasar de mano en mano las distintas imágenes, en esos estadios intermedios también eran dignos de protección, aunque no se recogieron. Y que en el resultado final, no es posible distinguir las distintas piezas individuales como separables del total, ya que cada imagen se realizó a partir de la precedente. Además las distintas imágenes resultantes de cada grupo singular de participantes se reunieron por el coordinador en un todo.

Igualmente, se reflexiona si es posible encajar "este resultado" como "*joint Work*" u obra de colaboración o colectiva, en su caso. Y como se analiza en el Derecho americano, no es posible, puesto que ni existía intención de cada uno de que su participación o imagen fuera fundida o reunida con otras en una obra total, ni sabían que estaban colaborando con otros, en ese momento, para tal fin. Los elementos de "conocimiento" y "voluntad" para tal fin, no existía entre los participantes, ni el pionero de la idea tenía una visión clara de cómo desarrollar el proyecto, sino que en el proceso fue materializándose.<sup>134</sup>.

La institución de copyright o del derecho de autor, conforme a su diseño legal vigente, pertenece a un mundo basado en la imprenta. El paso a la digitalización conduce a un mundo ajeno a las premisas de Gutenberg. Y ello lleva a sospechar que, posiblemente, es necesario algo más que una reforma de la legislación vigente. Afirma Margaret Chon, que es insuficiente la simple enmienda de la ley, en su país, por más que el "*White Paper*" de la Administración Clinton, convengan en aceptar como fijación estable la transitoria que se produce en la memoria RAM

---

<sup>134</sup> IBID. p. 4 á 6

del ordenador.<sup>135</sup> Y la *Digital Millennium Copyright Act* también posteriormente.

### **2.3.3 Fortalecimiento o Debilitamiento de los Titulares de Derechos Afines**

---

Si se han mencionado los derechos afines como un ejemplo de la progresiva expansión de protección de materiales informativos de escasas o dudosas dosis de originalidad, ahora sus titulares reclaman mayor protección, al verse amenazados sus intereses en el ciberespacio, o quizá ante las grandes posibilidades de negocio que se abren en el mercado Internet, no dudan en reclamar medidas que aseguren su éxito<sup>136</sup>. Efectivamente, dadas las características técnicas de Internet, es muy fácil, rápido y barato, copiar grabaciones de audio o vídeo, fotografías, etc., así como su transmisión simultánea<sup>137</sup> a millones de usuarios, y con calidad idéntica al original. Obviamente los intereses de productores y sectores industriales implicados en los mismos están seriamente amenazados. Ahora bien, si se logran los mecanismos de control de copia, en los que trabajan denodadamente las empresas de software<sup>138</sup>, y se protegen legalmente, las posibilidades de expansión, ganancias económicas y fortalecimiento de éstos derechos son indiscutibles. No cabe duda que los mecanismos técnicos de control ayudarán indiscutiblemente a éstos objetivos, pero, tampoco cabe duda que crearán múltiples problemas derivados, fundamentalmente, de la dificultad de fijar criterios fiables para los llamados límites o excepciones a los derechos de autor, y que contribuyen decisivamente al equilibrar los intereses públicos o derecho a la información de la sociedad.<sup>139</sup> En este momento, estamos en

---

<sup>135</sup> Ibid. p. 6 y 7

<sup>136</sup> Véanse la multitud de reclamaciones de éstos a través de los medios de comunicación. Y especialmente en la página Web: <http://www.culturaviva.net> donde se recogen las reclamaciones y críticas de estos sectores en relación al borrador de Anteproyecto de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, que prepara el Gobierno, y donde la Sociedad General de Autores presenta sus propuestas de modificación de dicho Borrador.

<sup>137</sup> Por ejemplo, a través de e-mail cualquier usuario podría hacerlo desde su casa.

<sup>138</sup> Una exposición precisa y sistemática de éstos mecanismos de control en: ERIC SCHLACHTER., "The Intellectual Property Renaissance in Cyberspace: Why copyright Law could be unimportant on the Internet". *Symposium Digital Content: New Product and New Business Model. Berkeley technology Law Journal*. 1997

<sup>139</sup> Así por ejemplo, la llamada "fair use" o derecho a la copia privada por razones científicas, didácticas, informativas, etc., tendría difícil aplicación.

trance de preguntarnos ¿ se fortalecen o se derrumban los llamados afines? La respuesta puede ser afirmativa en ambos casos.

#### **2.3.4. Desaparición y Emergencia de Sujetos. Proveedores, Operadores y Usuarios**

---

El mundo digital, con sus instrumentos y herramientas, no sólo transforma el elemento espiritual del objeto de la propiedad intelectual, (la creación) sino también el material o físico (soportes), y, en consecuencia, también la manera de producción y distribución. Los creadores, directamente desde su ordenador, pueden publicar, emitir o exhibir y distribuir su obra sin la necesaria intervención de los oportunos sujetos empresariales que se requieren fuera del espacio virtual para tal objetivo.

El caso *Eldred*<sup>140</sup> es un claro ejemplo de un ciudadano publicando libros en la red desde su ordenador. Incluso para creación del software, que requiere grandes recursos, la red la facilita reduciendo costes e incrementando las posibilidades creativas<sup>141</sup>La posible desaparición de sectores industriales conlleva no pocas consecuencias económicas, políticas y sociales. Por otra parte, del ciberespacio emergen nuevos sujetos<sup>142</sup>: proveedores de servicio, operadores de la red<sup>143</sup>, administradores, usuarios, y una lista abierta, en la que se pueden incluir los hackers, que sin duda, todos ellos serán los nuevos sujetos relevantes jurídicamente, especialmente en

---

<sup>140</sup> Una descripción pormenorizada de este caso en el citado libro de Lessig, o.c. p.122 y ss. El caso ha sido famoso por el hecho de que Eldred publicó y editó una obra que en 1999 caería, conforme a la anterior regulación, en el dominio público, pero al extender el plazo de protección 20 años más en USA en 1998, Sonny Bono Copyright Term Extension, la obra no cayó en el dominio público. Eldred acudió a los tribunales, y recientemente, el 15 de enero del 2003, la "US Supreme Court" sentenció a favor de la ley que extendió el plazo de protección de las obras. En torno a esta decisión judicial léase el artículo de Siva Vaidhyanathan, After the copyright smackdown: What next? En [www.salon.com/tech/feature/2003/01/17/copyright](http://www.salon.com/tech/feature/2003/01/17/copyright)

<sup>141</sup> Me estoy refiriendo al movimiento denominado "software libre". Sobre tal movimiento: <http://www.gnu.org/philosophy/categories.html>. De la "Free Software Foundation".

<sup>142</sup> Que tanto las Directivas europeas, la 2001/29/CE de derechos de autor en la Sociedad de la Información como la Directiva del Comercio electrónico, como la Digital Millennium Copyright Act no han dudado en regular, concretamente a la figura clave del proveedor de servicios en Internet.

<sup>143</sup> Se entiende por éstos, técnicamente: Un proveedor de servicio son empresas privadas que venden sus servicios a otras empresas o particulares, y ofrecen una conexión a Internet a cambio de una cuota mensual. Un operador es el encargado del buen funcionamiento técnico de todos servidores y elementos para el acceso y transmisión. La Directiva del Comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior) los define así a los prestadores de servicio: "cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información". Y al prestador de servicios establecido: "prestador que ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un periodo de tiempo indeterminado. La presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizadas para prestar el servicio no constituyen en sí mismos el establecimiento del prestador de servicios".

materia de responsabilidad. Incluyo al usuario como nuevo sujeto, en tanto en cuanto creo que tal categoría cualifica a la del público, ya que el usuario es receptor y emisor, es público pero es autor, en cada instante puede transformar su papel. Puede pensarse que también en el mundo real, pero a diferencia de éste, el usuario puede actuar simultáneamente y a gran velocidad como distintos sujetos, y trasciende jurídicamente.

Obviamente el cambio drástico requiere de transición paulatina aunque sólo sea por amortiguar el desvanecimiento de intereses económicos. No ha de extrañar las luchas de muchos sectores por hacer de Internet un medio estéril, sea por su futura regulación o por la invención de mecanismos de control software o por ambas .

Efectivamente, como bien apunta <sup>144</sup> Suben, ahora cualquier persona con un ordenador puede convertirse en impresor, editor y distribuidor, y los nuevos sujetos, amén de su papel técnico-organizativo, pueden ser los nuevos responsables de irregularidades o infracciones. Y es ésa la posición que han adoptado tanto las Directivas como la ley americana, al entender que están en la mejor posición para asumir la responsabilidad en la red<sup>145</sup> En la jurisprudencia americana, en este respecto, primero en la más temprana, los casos de la llamada "iglesia de la cienciología" son muy famosos e ilustran las problemáticas y posiciones jurídicas actuales en este aspecto. Se cita el caso, *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*, en el que un anterior miembro de la iglesia, quien publicó un mensaje muy crítico en un Bolletín Board o grupo de noticias<sup>146</sup>, susceptible de responsabilidad por infracción del copyright, contra ésta, se planteó si el operador

---

<sup>144</sup> ERIC D. SUBEN., "Intellectual Property on-line"., *Federal Lawyer*. March/April, 1996. P 2 y ss

<sup>145</sup> Véanse: La Directiva del Comercio Electrónico arts. 12 a 15, donde básicamente se exonera de responsabilidad a estos sujetos intermediarios cuando su función es la mera transmisión técnica de información. Asimismo y en el mismo sentido, en la "Digital Millenium Copyright Act (1998) en "Tiltle II. Internet Copyright Infringement Liability.& Secc. 202. Liability of service providers for on-line infringement of copyright".

<sup>146</sup> Se trata un "sitio" en Internet donde los usuarios con similares inquietudes o intereses pueden publicar noticias o mensajes y recibir contestación de otros respecto al mismo. Pueden estar abiertos al libre acceso o sólo para suscriptores mediante pago.

del servidor del grupo de noticias e incluso el proveedor del servicio sostenían alguna responsabilidad junto al autor del mensaje. El órgano judicial, en este caso a diferencia de otros, encontró que no eran responsables, puesto que el operador no había monitorizado los mensajes de los suscriptores y desconocían los contenidos. Habían posibilitado su transmisión y acceso, mediante la necesaria copia técnica de los mismos, pero carecían del conocimiento de los contenidos. La falta de conocimiento y la ausencia de beneficio económico derivado de la infracción, fueron las razones por las que se excluyó la corresponsabilidad del operador y el proveedor. El juez entendió que habían sido meros transmisores o "acarreadores de información". Suben así lo señala: " Access providers and bulletin boards accupy a different place from the book publishers or printers, wich may reasonably be charged with some knowlegde of the works ´content. It may be more apt to analogize a party like Netcom to a telephone company, wich does not vet the messages it carries" <sup>147</sup>.

A diferencia de esta opinión, Mark C. Morril and Sarah E. Eaton,<sup>148</sup> entienden que el operador y el proveedor sí deberían corresponder por las actividades ilícitas de sus suscriptores, al almacenar, transmitir, reproducir o exhibir material protegido ,sin la correspondiente autorización. Y disienten de la posición judicial, conforme a la cual son incapaces de "monitorizar" la inmensa cantidad de mensajes que se copian y transmiten. Pues afirman que éstos sujetos deberían tomar medidas para evitar las infracciones del *copyright*, e internalizar los costes de las infracciones como un coste propio de su negocio. Para éstos dos autores, los proveedores están en la mejor posición para adoptar una serie de medidas, que proponen, para prevenir , puesto que ellos conocen a sus clientes y pueden imponer, mediante contrato, cláusulas de

---

<sup>147</sup> ERIC D. SUBEN., o.c., p. 3.

<sup>148</sup> MARK C. MORRIL AND SARAH E. EATON., "Protecting copyright on-line: copyright liability for on -line service providers". *The Jornal of Proprietary Rights*. April, 1996 Véanse también sobre esta problemática: MEYERSON, MICHAEL I., "Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the "Speaker" within the New Media" en *Notre Dame Review*, 1995. FIEDMAN, M.S., BISSINGER, K., "´Infojacking´: Crimes on the Information Super Highway" en *Journal of Proprietary Rights.*, May, 1997.

responsabilidad , suspender o desconectar el servicio , etc.. Y en la más reciente jurisprudencia norteamericanos, los famosos y controvertidos casos de Napster o MP3<sup>149</sup>, en los que se aplica la *Digital Millennium Copyright Act de 1998*, la responsabilidad de los prestadores de servicio ha sido rotundamente determinada, aunque con argumentos que no siempre han convencido.

En otro orden de responsabilidades ajenas al derecho de autor, el famoso caso *Reno v. ACLU*<sup>150</sup>, en el que se anuló, por anticonstitucional, la llamada "*Communications Decency Act of 1996*, que constituía el Título V de la "*1996 Telecom-munications Act*", en la se establecía sanciones criminales por la transmisión "con conocimiento" de material obsceno o indecente a cualquier destinatario menor de 18 años; y también, en otra provisión, en la se excluía la necesidad de tal "conocimiento" por parte del emisor, cuando se transmitiera , vía ciberespacio, tales mensajes<sup>151</sup>. El Estado tenía el derecho de perseguir la pornografía por Internet. La responsabilidad de los proveedores era patente. Con esta decisión se permite a los usuarios la más extensa protección de la libre expresión (Primera Enmienda) que jamás se ha permitido a través de otro medio. A diferencia de otros casos<sup>152</sup>, el Tribunal encontró que aquí no existía una exposición al medio, sin voluntad, y cuyos contenidos pudieran tomar por sorpresa a cualquier audiencia, sino que eran necesarias actuaciones positivas con la voluntad de encontrar tales contenidos. El tribunal pudo ver más semejanza con la decisión sobre "*dial-a -porn*", "*Sable Communications of Cal. Inc . v. FCC U. S. 115 ( 1989 )* , caso de las llamadas telefónicas a líneas pornográficas, donde quedó sentada la responsabilidad de los padres, precisamente al ser necesarios pasos efectivos hacia tal fin . Como señala el autor, el Tribunal ha querido proteger la vitalidad de Internet, explicando en sus razonamientos, su funcionamiento como un gran

---

<sup>149</sup> Para un seguimiento de estos casos en : <http://news.cnet.com> . Y su explicación y crítica en: Lessig, L., o.c. pp. 122 y ss; y 192 y ss.

<sup>150</sup> Véase en : FRANK W. LLOYD., "High Court affords Internet Broad 1<sup>st</sup> Amendment Protection"., *Cable T.V. and New Media Law and Finance.*, July, 1997

<sup>151</sup> Ibid. p. 1 y ss

<sup>152</sup> *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978). Se da la más estricta regulación respecto a la pornografía en los medios de radio y televisión.

foro de debate a nivel global. Y "any legislation imposing an obligation on on-line service providers to provide ratings or filtering software, however, would almost certainly draw another constitutional challenge"<sup>153</sup> Sin embargo, no es esa la dirección que está tomando Internet a tenor de la evolución jurisprudencial y legislativa. Los últimos dos años, casos como Napster, MP3, DeCSS, o la "USA Patriot Act" y el "Cybercrime Convention" firmada por el Consejo europeo, US y otros países, son ejemplos de la represión y el control que está sufriendo la originaria idea de Internet libre<sup>154</sup>.

De acuerdo con Dale J. Ream, la "*electronic publishing*" , la publicación electrónica, está relevando a la de los "print media", de los tradicionales medios impresos <sup>155</sup>, y el autor por los medios electrónicos puede crear su obra literaria, musical o artística e inmediatamente ponerla a disposición del mundo, simplemente colocándola en el oportuno servidor, sea de web o bases de datos, cual sea, accesible mediante la red de ordenadores. El autor puede eludir y asumir las funciones del impresor, editor y distribuidor, de manera fácil, rápida, y muy barata. El autor, puede, por primera vez en la historia, centrarse exclusivamente en la creación, sin perder tiempo ni energía en la búsqueda de los empresarios que, mediante la necesaria inversión económica, puedan dar a la luz y al público la obra. Naturalmente, la posible desaparición de éstos sujetos conlleva la de sus derechos, conforme a la legislación vigente. Pero también las bondades del medio técnico permite que el público o usuario pueda acceder, copiar y diseminar la obra tan veloz como incontrolablemente para el autor<sup>156</sup>, dada la interconexión de los ordenadores a escala universal, lo que lógicamente levanta serias implicaciones sociales y legales, como el posible decaimiento de los derechos exclusivos del autor. Y con la posible "sequía" de creación e información

---

<sup>153</sup> FRANK W. LLOYD., o.c. p 3

<sup>154</sup> Un sustancioso artículo en el *New York Times*, de CARL S. KAPLAN., "The Year in Internet Law"., 28 de Diciembre, 2001. En éste se expone la visión jurídica de expertos en Internet sobre el año 2001 en la red. El artículo puede localizarse en: <http://www.nytimes.com/2001/12/28>

<sup>155</sup> DALE J. REAM., "Copyrighted works and computer networks: is protection possible?" *Kansas Journal of Law and Public Policy*., Spring, 1995. P.1

<sup>156</sup> Ibid. p. 2



necesaria en una sociedad democrática. Estamos en presencia de una lucha de intereses, del sistema industrial tradicional y el emergente del mundo electrónico, en el que los autores desean beneficiarse de la independencia que les proporciona la nueva tecnología, pero a la vez gozar de un sistema de protección de sus derechos exclusivos, que compense su esfuerzo y que detecte las posibles infracciones. Sin embargo, la naturaleza técnica de Internet es consustancial al libre flujo de información, que el público, la humanidad, en general, desea y necesita.

La pregunta que plantea Ream es si el Derecho podrá adaptarse a éstos cambios, como lo hizo en el pasado desde la invención del imprenta a la reprografía, pasando por la radio y televisión hasta la tecnología digital, como prueban las distintas modificaciones a lo largo de la historia. Hasta la fecha tanto la legislación promulgada al efecto, ya citada, como la jurisprudencia<sup>157</sup>, están intentando someter a la "horma" legal vigente toda la problemática técnico-jurídica provocada por Internet. En los famosos casos Napster y MP3, entre otros, se han rechazado cualquier alegación fundada en la libertad de expresión (*first amendment*) o en las excepciones a los derechos de explotación (*fair use*), y los jueces ven en este innovador software y en su uso meros instrumentos de copia, vulneradores de los exclusivos derechos de reproducción y distribución de los titulares de las obras musicales. Lessig, siempre a favor de la creatividad que la red está provocando, afirma que estamos ante innovadores productos de software capaces de producir y distribuir música, principalmente, y vídeo. Canales de producción y distribución que rompen con los tradicionales y permiten en el mundo virtual novísimos canales de producción y distribución baratos para la sociedad e ilimitados<sup>158</sup>. Sin embargo, la respuesta legal ha sido la de "criminalizarlos" como meros instrumentos de vulneración de los derechos de autor. Estos novísimos y fabulosos softwares, fruto de la libertad

---

<sup>157</sup> Napster, MP3, Eldred, DVDs, etc., para un seguimiento de éstos y otros litigios en: <http://www.salon.com/tech> ; The Journal of Electronic Publishing. Published by the University of Michigan Press., en <http://www.press.umich.edu/jep/> . O también en: <http://news.cnet.com/news/>

<sup>158</sup> LESSIG, L., o.c. p. 127 y ss.

creativa que permite la Red libre, y que en interacción, se potencia el flujo creativo e informativo. Lo curioso ha sido, después de estas sentencias, la reacción de las empresas de software y hardware y la industria audiovisual que, recelosas o insatisfechas de la acción estatal, pretenden solucionar sus problemas por mutuo acuerdo<sup>159</sup>.

#### **2.3.5. El Público Infractor en Internet o su Ejercicio Pleno del Derecho a la Información.**

---

¿Internet servicio universal o acceso universal a Internet? ¿O ambos? Ciertamente es que las posibilidades y bondades de Internet para la Humanidad son una oportunidad única en la Historia para equilibrar las desigualdades económicas, culturales, sociales, sanitarias, educacionales, políticas, y un largo etcétera, pues los efectos de este medio se harán notar no sólo en derechos o valores constitucionales concretos, sino que es previsible una total revolución de la realidad. La posibilidad de una fisonomía del Universo más justo parece factible. Ahora bien, intereses, poderes y nuevos peligros amenazan con la pérdida de esta fabulosa oportunidad. ¿El público se comporta como un infractor en Internet, tomando todas las valiosas y útiles informaciones que encuentra para su vida sin respetar el derecho del autor, o simplemente toma legítimamente la información que le pertenece, para la plena satisfacción de sus derechos como seres humanos?.

Afirma Erdozain que "toda la estructura de explotación anteriormente referenciada, subsistente en el entorno analógico, no es exactamente trasladable al ámbito de la explotación digital. En dicho ámbito, la explotación de la obra o prestación se confunde con la posibilidad de permitir su acceso o disfrute, de manera tal que el acto sujeto a la autorización previa del titular de derechos se produce por el solo hecho del disfrute de la obra o prestación o su posibilidad de acceso, realizado sin

---

<sup>159</sup> Sobre este acuerdo véase: KATHARINE MIESZKOWSKI., "Hollywood and Silicon Valley: Together at last? [http://www.salon.com/tech/feature/2003/01/15/hollywood\\_tech/print.html](http://www.salon.com/tech/feature/2003/01/15/hollywood_tech/print.html) El artículo se encabeza diciendo "A new industry agreement on digital copyright issues says the government stay out of enforcement. But it is a little late for that, says one expert."

el permiso de aquél. La modificación es sustancial: Por un lado, el factor estructural de la puesta a disposición, como requisito formal, permanece, pero, por otro, su aspecto material (el disfrute efectivo o su posibilidad) cambia, ya que el hecho que implica la existencia del acto de explotación no es que un tercero permita a una pluralidad de personas el acceso o su posibilidad, sino que los mismos sujetos integrantes del público accedan o puedan hacerlo a la obra o prestación sin previa autorización del titular del derecho. La primera consecuencia de lo anterior es que el concepto de público varía<sup>160</sup>. Cabría matizar que una cosa es el concepto jurídico y otra la posibilidad de su control técnico. Aunque la realidad de las cosas en la red afectan a los conceptos, hasta el punto de poder dejarlos sin sentido.

Se ha afirmado en otra parte, que la información es del autor y de la sociedad<sup>161</sup>. Parece que tal, puede verificarse en Internet, al poder prescindir de los sujetos empresariales, que realmente se lucraban al dar la obra al público. Pero cabe preguntarse, ¿son intereses contrapuestos? Sin embargo, la raíz de ambos derechos es la misma<sup>162</sup>: sin creación no hay información que satisfaga el derecho a la información del público ni tampoco derecho de autor susceptible de protección, y, por tanto, el autor puede desincentivarse. Repite hasta la saciedad la doctrina<sup>163</sup> que si no se protege al autor, la fuente creativa se secará y no habrá flujo informativo que corra para el libre acceso y expresión. El autor y el público aunque aparentemente antinómicos (públicos /privados) son en realidad coincidentes en sus intereses.

La Constitución americana<sup>164</sup>, y la posterior legislación de desarrollo, así como la jurisprudencia, han entendido que éste

---

<sup>160</sup> ERDOZAIN, J.C., *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet.*, Madrid, 2002. p. 97

<sup>161</sup> Véase DESANTES J.M., "Titularidad de la Empresa Informática sobre el Medio que difunde" *Comunicación y Sociedad.*, n°.VIII, 2, Pamplona, 1996, p.p. 7-32

<sup>162</sup> DALE J. REAM., o.c. p. 3

<sup>163</sup> Casi puede afirmarse que todos o casi todos los autores citados hasta el momento, y los que se citará repiten este mismo tópico, al plantear la problemática en Internet.

<sup>164</sup> U.S. Constitution . Art. I, sección 8, cl.8:" The Congress shall have power..... To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries".

derecho, entendido como puramente legal y no natural conforme la tradición anglosajona, tiene como fin satisfacer y beneficiar al público, en aras al progreso de las ciencias y de las artes. La Constitución española, en consonancia con las continentales, y en conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos,<sup>165</sup> como derecho natural<sup>166</sup>, no sólo protege al autor en sus derechos morales esencialmente, y derechos exclusivos económicos, sino que tal protección se hace "para la participación de la sociedad en el progreso científico técnico". "El enraizamiento de ambos derechos- derecho a la información y derecho de autor- en ambas tradiciones, se pone de manifiesto en la CE que se encuadra dentro del propio art. 20, que reconoce el derecho universal a la información. El Convenio de Berna, suscrito casi universalmente, incluso por USA, también revela esta común naturaleza. Admitido esto, la satisfacción de ambos intereses se arbitra a través del equilibrio que se sostenía en el tradicional régimen jurídico. Sin embargo, parece que los nuevos medios digitales requieren un nuevo equilibrio, sobre bases distintas a la experimentada era de la imprenta. Cabe el riesgo de que cada extremo desequilibre el deseado orden: bien a favor del público, pues puede acceder, buscar y recabar, toda la información sin traba, así como difundir libremente, el medio técnico lo posibilita en inmejorables condiciones; bien a favor de los autores, pues las empresas de software trabajan incansablemente en mecanismos de control de la información, hasta el punto que algunos, muy optimistas, aseguran, que el autor tendrá control sobre su obra como nunca en la Historia. De tal manera, que si la institución es, básicamente, dar a la difusión y el control sobre la misma, nunca como hasta ahora encontrará mayor realidad.

---

<sup>165</sup> Art. 20.1.b de la Constitución Española: "1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

Art. 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: "1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor".

<sup>166</sup> Suele decir la doctrina americana. Yo prefiero hablar de valores históricamente objetivos y positivizados.

Sin embargo, en tal planteamiento subyace una mentalidad tradicional de la institución basada en el medio imprenta. Y lo que puede parecer correcto como análisis en los medios tradicionales, puede no serlo en los novísimos digitales, pues nos encontramos ante un fenómeno técnico sin precedentes. Se ha dicho más arriba que, ni la división autor /lector, original /copia, eran tan precisa, ni la concepción tradicional de obra o público se mantenía con las mismas características, ni los derechos, morales o económicos, permanecen tal cual en Internet. Estamos en otra medida del espacio, del tiempo, y , por tanto, en otra clave jurídica , y es momento de observar, reflexionar y determinar si vale la pena la persistencia de la regulación vigente o si es necesario reconocer el cambio y averiguar cuál es el Derecho que mejor conviene para proteger y promocionar las bondades de Internet, a riesgo de pervertir la naturaleza técnica de este excepcional medio, que revoluciona el tiempo y el espacio sobre los que se asienta el Derecho tradicional. Y creo que hay que estar de acuerdo con los que afirman que Internet creará su propia "economía de la Información " que compensará a los creadores por sus esfuerzos, sin necesidad de excluir o limitar el acceso a la misma a toda la global sociedad<sup>167</sup>. Como constata la doctrina, Internet con su exclusiva naturaleza técnica está dando lugar a nuevos productos, nuevos mercados nuevos medios de distribución, así como nueva demanda y medios de participación<sup>168</sup>. En esta línea de ideas cabe mencionar el movimiento llamado del "software libre" que dentro de la filosofía de la libertad de la red, está aunando libertad creativa y lucro económico. Las originales licencias de este software suelen permitir la libre disposición y difusión por parte del público de las creaciones software, tanto para su copia, modificación o explotación<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> Mark Stefik., Shifiting the Possible: "How trustes systems and digital property rights challenge us to rethink digital publishing". *Berkely Technology Law Journal*. 1997 p.p.6

ERIC SCHLACHTER., "The Intellectual Property Renaissance in Cyberspace: Why copyright Law could be Unimportant on the Internet"., *Berkeley Tecnology Law Journal*. 1997.

<sup>168</sup> LESSIG,L.o.c. cap. 8., p.p 120 y ss.

<sup>169</sup> Sobre la teoría del "free software" véase, entre otros muchos : Eben Moglen., "Anarchism Triumphant: Free software and Death of copyright" From Columbia University. Y su consulta en: <http://old.Law.columbia.edu/my-pubs/anarchism.html>. También mi artículo: "La protección del la propiedad intelectual del softwar en Internet". *Jornadas del Intitute for International Research*. Madrid, 2001

## 2.4. Contenido: Derechos Exclusivos.

---

Llegar a este punto significa tocar el "guld" de la cuestión, puesto que la problemática hasta ahora expuesta sólo tiene sentido en función del contenido esencial del derecho de autor, que lógicamente varía de una tradición a otra, aunque sus diferencias quedan minimizadas actualmente, entre otras razones por la adhesión de U.S. al Convenio de Berna. Sin embargo, hoy por hoy, todavía es posible distinguir y "sufrir" ambas corrientes.

Los derechos exclusivos del autor, económicos o morales, tanto en la tradición anglosajona los económicos, como en la europea, ambos, no resisten, conforme su contenido actual, la naturaleza y funcionamiento técnico de Internet. Sobre todo si observamos una de las últimas novedades técnicas de la Red, el llamado *software P2P*, que crea dentro la misma redes, digamos, privadas (pues nuestro ordenador puede ser servidor y cliente) de imposible control y donde la difusión y el libre compartir información puede ser tan ilimitada como lo permita el ancho de banda<sup>170</sup>. La descentralización de Internet se afianza mucho más desafiando las normas legales. Si el derecho troncal, tanto a efectos patrimoniales como morales del autor, es la decisión primera de dar a la luz pública la obra y su posterior control de difusión, no parece que pueda ejercerse, cuando menos, con la misma intensidad y vitalidad. Hasta el punto, como veremos, que cabe decir que ese proceso histórico paulatino de pérdida de control sobre la difusión, que claramente se inicia con la invención de la reprografía y se fortalece con los medios audiovisuales modernos, como el vídeo o el satélite, llega a su clímax en el ambiente cibernético<sup>171</sup>. Y los derechos exclusivos requieren el presupuesto de un razonable control de la difusión, sin el cual pueden ser burlados impunemente. La preocupación de los creadores de ver sus derechos exclusivos reducidos a la

---

<sup>170</sup> Para una explicación técnica de P2P network en: [www.redherring.com/mag/issue86/mag-networks-86.html](http://www.redherring.com/mag/issue86/mag-networks-86.html) Y también en la obra citada de LESSIG., pp 134 y ss.

<sup>171</sup> P2P, Napster, etc....amén de todas las innovaciones que se irán produciendo en esa lucha de innovación técnica y su respuesta legal, son muestras de la dificultad de control, a pesar de los esfuerzos jurídicos e técnicos. Como ya se ha dicho, a cada nuevo mecanismo de control se le responde con otra innovación técnica que lo supera y lo deja sin efectividad.

nada, no debe sobrestimarse pero tampoco subestimarse. Es cierto que en esta primera fase de Internet, donde todavía sobrevive el mundo tradicional y, por supuesto, el tradicional régimen jurídico de la "propiedad intelectual", los autores sufren ésta transición como una pérdida de sus derechos. Pero, ¿es posible mantenerlos en el espacio cibernético? O, por el contrario, ¿está naciendo un mundo donde su control será más riguroso y personal que nunca?. Efectivamente, quizá los mecanismos de control técnico, tanto de *hardware* como de *software*, permitan no sólo su vigencia sino el control directo de los mismos por parte del autor o titulares.

#### **2.4.1. Derechos de Explotación. Todos los Derechos Reducidos a un solo Acto de Transmisión.**

---

Conforme al Derecho americano, los autores gozan de poco incentivo para crear si no son pagados por su obra, como recompensa de su esfuerzo creativo, y en un sistema de libre competencia esto se consigue al poner la obra en el mercado, con la atribución de derechos exclusivos al autor sobre la misma. Lo que le permite excluir a los demás de su explotación, con excepción de algunas circunstancias que no requieren autorización del autor. Un nuevo mercado se manifiesta en Internet, y desde que no somos capaces de excluir a los demás del uso y copia de la información, de controlarla en definitiva, resulta muy difícil ser compensados económicamente por los frutos de nuestro trabajo. Como afirma R. Kuhn "modern digital equipment can convert text, pictures, and sound into a series of ones and zeros that are read by computers which can make identical copies of any original work, in any medium, in an instant"<sup>172</sup>. La posibilidad técnica de copia instantánea, rápida, barata y de calidad absoluta, desde y hacia cualquier parte del mundo, de cualquier obra, escrita, audiovisual, musical, cinematográfica, etc., en soportes digitales de gran capacidad de almacenamiento,

---

<sup>172</sup> BENJAMIN R. KUHN., "A dilemma in cyberspace and beyond: Copyright Law for Intellectual Property distributed over the Information Superhighways of Today and tomorrow"., *Temple International and Comparative Law Journal.*, Spring,1996. P. 2

<sup>173</sup>desde el más completo anonimato, sin posibilidad de control, resulta en un dejar sin sentido los derechos de explotación, todos ellos derivados del control de la copia y su difusión posterior, siempre que se deje Internet libre, sin "desnaturalizar". Desde el momento que accedemos a cualquier información, sea en una *web*, tablón de noticias, archivos, además de la copia efímera que se realiza en la pantalla del ordenador, es posible copiar, sea imprimiendo o grabando en el disco duro o en disquete, o cualquier medio estable posible, la información parece sin posibilidad de control. Puede argumentarse que existen mecanismos de control técnico tanto para controlar el acceso como para prevenir la copia. Pero aún en el supuesto que éstos estuvieran completamente desarrollados, y fueran inviolables, hay que decir que nada impide a cualquier usuario, una vez obtenida la obra o información, copiarla y difundirla masivamente, en un solo y rápido acto de "*click*", vía e-mail. Naturalmente, puede replicarse que esto sucedía ya con los tradicionales medios de comunicación, pues privadamente, mediante fotocopia o grabación por vídeo o audio, copiar y , posteriormente enviar correo a quienes deseáramos. En este supuesto, al menos, había posibilidad de cobrar derechos de remuneración por copia privada. Efectivamente, allí y aquí hay infracción. Pero, mientras que en este último caso es más factible el control, en el primero resulta imposible técnicamente, y jurídicamente no recomendable, a riesgo de violación de derechos fundamentales. Y aunque hay distinguir lo técnico, incontrolable, de lo jurídico, lo cierto es que, mientras no se perfeccione un software adecuado, que permita cierto control pero manteniendo los límites al derecho de autor, hay que ser muy prudentes para no dañar los derechos fundamentales. Además teniendo en cuenta que la opción técnica no es inocente respecto a los derechos y libertades, como se verá. Sobre todo, teniendo en cuenta que, al considerar una escala global, y no sólo algunos casos aislados, puede ser tan masiva la práctica, como imposible su seguimiento caso por caso, desde distintos Estados del mundo. En cuanto a los mecanismos de control, añadir que, para su completa

---

<sup>173</sup> Ejemplo, el "Digital Versatile Disk (DVD)" , que se esperaba que revolucionara el mercado en soportes de copia óptico digital.



efectividad requerirán su casi global implantación, a riesgo de un mundo lleno de desigualdades, que sólo permita el ejercicio de los derechos a los más favorecidos.

Los factores tiempo, espacio, medios técnicos y materiales y costes económicos, en un sistema basado en la imprenta, hacían posible que la "economía de la información", del mercado liberal, tuviera sentido. El *copyright* o derecho de autor encontraba una justificación en términos de compensación económica. Simplemente la copia no interesaba por razones de tiempo, espacio y costes, amén de una calidad disuasoria. Los piratas perjudicaban pero, aún así, el mercado lograba no sólo recuperar lo invertido sino crear beneficios, que normalmente disfrutaban, en mayor medida, el editor o productor, más que el creador mismo. Esta incapacidad de control de la copia ¿significa que decaen los derechos de difusión, reproducción y distribución?. El monopolio del autor sobre su obra en el Derecho anglosajón o los intereses patrimoniales, aunque subordinados a los morales, en el Derecho europeo, parecen estar heridos profundamente.

Además, ¿es posible distinguir en Internet, técnicamente, y afectos jurídicos, cada uno de los actos de difusión, reproducción, distribución, exhibición o emisión diferenciadamente?. Al examinar cada facultad de explotación, encontramos que en la Red no es posible su diferenciación técnicamente, pues siempre se produce el mismo tipo de difusión: transmisión o comunicación pública o puesta a disposición al público. Como se ha dicho con anterioridad, siguiendo la letra de la ley, sólo la llamada "comunicación pública" sobreviviría como la única posible. El sistema trasmite cualquier escrito, imagen o sonido de un punto a otro. ¿Cualquier información que está en la red, está difundida? ¿Cuándo hay reproducción? ¿Cuándo distribución? ¿Hay importación o exportación, pues digamos que la información "viaja" de países a otros?. En "*Copyright Act of 1976*, Congress intended the term copies to include material objects in which

copyrightable works are capable of being fixed. Copyrighted items transmitted over the Internet can be fixed in a digital format in a series of ones and zeros, and are thus copies. However, in and of itself, is not a fixation <sup>174</sup>. Y conforme a ello, entiendo también que es necesario redefinir el concepto de "transmisión" y su especial consideración cuando es on-line en directo o tiempo real, pues no hay una fijación en un soporte, en sentido clásico. Acertadamente creo, señala el autor que es necesario revisar el concepto que la ley establece<sup>175</sup>, ya que refiere sólo a los derechos de "*display*" o "*performance*", es decir, emisión o exhibición e interpretación o representación, pero no abarca todo lo que se verifica en Internet a través de la "transmisión": queda fuera, por ejemplo, la comunicación privada entre dos personas, y transmitiendo, quizá, un manuscrito; como fuera queda el hecho que un manuscrito, o imágenes, como las que reproducen una representación teatral, si están en clave, al transmitirse por Internet no se violarían derechos, pues la ley no contemplaba tal posibilidad<sup>176</sup>, por ejemplo de la encriptación. Pero el hecho real es que esas obras se hacen públicas e incluso copiadas por los usuarios<sup>177</sup>. Parecidas consideraciones pueden hacerse con respecto a la importación y exportación de información u obras a través de la red, puesto que aunque la ley se ha apresurado a considerarlo<sup>178</sup>, su sola prohibición o limitación no basta, pues si se respeta el natural funcionamiento de Internet sería papel mojado tal provisión, y si se imponen "barreras electrónicas"<sup>179</sup>, es posible que al desnaturalizar el medio, también haya que sacrificar derechos y valores fundamentales. Podría decirse que a este medio le repugnan los "límites" espaciales, tal cual están

---

<sup>174</sup> Ibid.p.8

<sup>175</sup> The present definition of "transmit" only comprehends the transmission of performance or display "by any device .....that is received beyond the place from which it is sent. 17 U.S.C. A. s . And defining "display" as "copy of it, either directly or indirectly by means of a film, slide, television, image, or any device or process"

<sup>176</sup> Y digo "contemplaba" porque las recientes modificaciones legales intentan cubrir todas esas posibilidades para poder aplicar las normas.

<sup>177</sup> La cuestión es que sea letra impresa, sea imagen o sonido, la comunicación pública a través de Internet es siempre igual: transmisión.

<sup>178</sup> La Directiva 2001/29/CE (derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información) arts.3.3.: "Ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2." Y en el art. 4.2. "El derecho de distribución respecto del original o de copias de las obras no se agotará en la Comunidad en tanto no sea realizada en ella la primera venta u otro tipo de cesión de la propiedad del objeto por el titular del derecho o con su consentimiento". (Es decir, se distingue entre servicios en el primero y obras materializadas en el segundo).

<sup>179</sup> Harold Smith Reeves., "Property in Cyberspace"., *University of Chicago Law Review.*, Spring, 1996

pensadas las fronteras en el mundo físico. Podemos imaginar: si un determinado colectivo, p.e. , ruso, está interesado por una obra americana, y no se importa por los medios tradicionales, pero es posible su adquisición por Internet. Con sólo ése acto, es posible después reproducir la obra en Rusia hasta la saciedad, p. e. privadamente, vía e-mail, y además se puede argumentar, por parte de la persona que la compró, que puede realizar actos de disposición con su "ejemplar", lo que le permite una infinita cadena de ventas o donaciones, sin desposeernos realmente de la información, que permanece en el ordenador. ¿Cómo es posible controlar esto?. Se está difundiendo, copiando, reproduciendo, distribuyendo y a la vez exportando, comunicando al público, en definitiva, y todo ello, en un solo acto de transmisión sin control posible. Conforme a la legislación vigente, el término "comunicación pública", vuelvo a repetir, podría "soportar" o englobar todas las demás facultades de explotación, pues se corresponde con el término genérico de "transmisión" según es definido en el glosario de la OMPI, ya citado. Amén de los problemas jurisdiccionales y de Derecho aplicable.

#### **2.4.1.1. Hay Copia en Internet y Quién Copia?.**

##### **Imposibilidad Técnica de Control. La Tradición del Copyright que se Pierde en el Ciberespacio.**

---

Tanto en el Derecho americano como europeo, se entiende por copia, la fijación de la obra en un soporte material, suficientemente permanente o estable, que permita su percepción y reproducción, etc., y no sólo por duración transitoria, y así se entiende tácita o expresamente, respectivamente, con diferente lenguaje jurídico. En Internet el "browsing", la copia temporal RAM, el caching o el mirroring,<sup>180</sup> necesarios para el funcionamiento técnico normal, copian , sin los cuales la

---

<sup>180</sup> Ver su definición técnica en el Glosario de términos de Internet: [www.uco.es/ccg/glosario/glosario/html](http://www.uco.es/ccg/glosario/glosario/html). Así "browser" explorador (buscador) programa que sirve para localizar contenidos en la Web. "RAM", (random access memory), que es la memoria temporal, mientras que la ROM (read-only memory) es la memoria permanente del disco duro. "Caching" o memoria tampón, que es la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal.

transmisión no es posible, y lógicamente, no se pide autorización acto por acto<sup>181</sup>. En Internet la "copia" significa su traducción en unos y ceros y ,además, no de forma estable sino transitoria on-line , siempre que no haya copia en el disco duro, disquete o en papel; la memoria RAM, con la que trabaja, es volátil y transitoria. Apagar el ordenador o moverse de un sitio a otro por la red, significa que esa copia desaparece. En primer lugar, no encajaba en la legislación vigente, lo que hizo posible la inaplicación de la ley en algunos casos y su posterior modificación. Pero aún extendiendo el concepto hasta aquí, surgen graves problemas. No olvidemos que el sistema de "propiedad intelectual" tradicional está basado en el mundo de la copia masiva, posible con la invención de la imprenta, y su control. Control de cada acto de explotación que repercute en los derechos. Y de la copia material, primero de papel, y luego de otros soportes materiales, pero prolongando la misma idea de copia. Control posible en el mundo físico, dadas las dimensiones de tiempo y espacio en que se desarrollan. Y control que no es posible en Internet, no material sino "virtual". Son infinitas como infinitos los usos y su control. Por todo lo cual los derechos exclusivos, basados en la copia y el control de la misma para su explotación, pueden quedar sin sentido. Aunque no ignora que es posible las más impensables e inimaginables creaciones técnicas que permitan todos lo controles, desde la posibilidad del acceso con copia o sin copia hasta las combinaciones de las mismas más sofisticadas. Tampoco descartamos el "contraataque" técnico que, por esa vía, mantenga Internet libre.

Y, ante todo, reiteradamente decir, que no se puede olvidar su funcionamiento técnico: La copia es necesaria para el funcionamiento del sistema. Desde el servidor del proveedor que copia necesariamente para la transmisión (*caching, mirroring*), al ordenador del usuario, que copia para que la comunicación se produzca (copia en RAM, *browsing*).Luego, sólo conectar con Internet y

---

<sup>181</sup> Sin ignorar las Directivas, los Tratados de la OMPI, y las excepciones allí previstas.

acceder y mirar sería infracción<sup>182</sup>. El *browsing*, que es el funcionamiento y uso más normal en la red, sería ilegal.

Pero afirmar esto, es tanto como negar Internet mismo. "this type of mass infrigment can be done quickly, inexpensively, and anonymously , allowing network users to share entire libraries in violation of the exclusive righsts of copyrights owners."<sup>183</sup>Efectivamente, la copia incontrolada, rápida, barata, anónima y perfecta, permite compartir toda la información y podrá favorecer el progreso de la humanidad, contribuyendo a aminorar las diferencias culturales y económicas. Incluso todas las obras que están en formatos tradicionales, pueden introducirse rápidamente<sup>184</sup> con aparatos de escáner, para su disposición digital en la red. Lo que plantea otro problema de control, no ya para los accesos desde fuera, sino desde dentro; es decir, cómo impedir introducir obras y la detección de la posible infracción. Lo importante es que toda la memoria cultural del mundo puede introducirse, accederse, y estar disponible para la Humanidad entera. Como se ha visto más arriba, las posibilidades de transmisión, sin control y anónimamente, son tantas (como el P2P) que pueden dejar los derechos exclusivos de carácter económico vacíos de contenido.

La tradición jurídica del *copyright* puede quedar vacía de contenido desde el momento en que la copia y el derecho sobre la misma es imposible en el fabuloso mercado Internet. Las empresas de *software* luchan por la creación de mecanismos de control, pero ¿cuál es el precio a pagar? ¿se está sacrificando el progreso de la humanidad? ¿No sería pervertir el fin de la propiedad intelectual en aras de la protección de ella misma?

---

<sup>182</sup> De ahí que en la Directiva europea, ya citada, se haya salvado como un "límite" al derecho de reproducción.

<sup>183</sup> DALE J. REAM., o.c. p.5

<sup>184</sup> Lo que plantea otro problema: estamos ante una nueva reproducción o es una transformación, ambos derechos exclusivos del autor. Y además, al no estar contemplado en la ley, podrían introducirse obras, que salvo que estén en el dominio público, vulnerarían derechos, al no ser de aplicación la ley.

#### **2.4.1.2. El Peligro de Desaparición de Sectores Industriales-Empresariales.**

---

Consecuencia lógica de la posible desaparición de los derechos económicos, no en balde son derecho legales y no naturales, es el peligro de desaparición de los sectores industriales-empresariales que realizan la labor de explotación de las obras; es decir, difundiendo, reproduciendo, distribuyendo, exportando e importando. Naturalmente, nuevos intereses empresariales surgen: las compañías de *software*, *hardware*, proveedores de servicio de contenidos, productores de bases de datos, operadores<sup>185</sup>. El conflicto de intereses entre los antiguos y nuevos intereses pueden retrasar su desarrollo. Si los orígenes e Historia de la institución nos enseñan cómo han prevalecido los intereses empresariales a los autorales en su regulación, y si Internet permite, por primera vez, al autor y a la sociedad soberanía plena sobre la información, sería perder una preciosa oportunidad que conviene al progreso de la Humanidad.

"The reorganization of traditional alliances as well as the formation of new one, could have a significant impact on society and the copyright industry. In 1982, the intellectual property industry employed more than 2.2. million people and accounted for 5% of the gross national product. If the alliance favoring less restrictive copyright protection of electronically disseminated information prevails, the intellectual property industry, wich consists of publishers, printers, and distributors, would be negatively impacted economically. If the alliance favoring tighter copyright protection prevails, society in general may suffer because less information will be made available over easily accessible networks. Advancements in network tecnology would also be slowed because a lack of a commercial market would be perceived. This result may not materialize, however, if adequate copyright enforcement mechanisms are devised and implemented. The authors seem to be

---

<sup>185</sup> Ilustrativo es el caso Microsoft- Nestcape y su contencioso respecto a la posición monopolística del primero en mercado con su explorador incorporado al programa windows.

in an alliance by themselves".<sup>186</sup> Efectivamente, un deseado "balance" entre intereses sería deseable: La no protección conduce a la caída de sectores empresariales; y una superprotección conduce a vaciar Internet de información libre, en detrimento del público. Aunque el autor encuentra la solución en los mecanismos de *software* de gestión y control por parte de los autores, pienso que tampoco sería la posición viable en la nueva sociedad de la información, puesto que aquel se sitúa en un planteamiento del régimen vigente. Sin embargo, tal propuesta también provoca serios problemas: el autor puede controlar tanto que incline a su favor la balanza, puesto que no resulta fácil hacer factibles las llamadas excepciones o limitaciones de este derecho a favor del público, como seguidamente veremos.

Los nuevos intereses de los nuevos sectores empresariales que hacen posible el acceso y funcionamiento técnico de Internet no serán, probablemente "inocentes" en su incidencia sobre los derechos de los usuarios. Las preguntas que surgen en estos momentos- ¿cómo influirá el posible dominio en el mercado de mecanismos técnicos en el acceso, en programas informáticos como el del explorador, en lenguajes informáticos, programas criptológicos , etc., en los derechos de los autores y del público?,- no tienen todavía una clara y definida respuesta. Si la posibilidad de utilizar unos u otros puede crear distintas categorías de usuarios, estaremos cambiando, solamente, unos intereses por otros, consolidando las diferencias económicas sociales y culturales, y no permitiendo el progreso que se nos ofrece<sup>187</sup>.

#### **2.4.1.3. La Transmisión de Derechos :Quién Pide Autorización y a Quién se Transfieren los Derechos Exclusivos del Autor.**

---

Consustancial a los derechos exclusivos es la necesaria autorización del autor para su transmisión a terceras personas, en lo no abarcado por las limitaciones a los mismos, que se

---

<sup>186</sup> DALE J. REAM., oc. p. 7

<sup>187</sup> El caso Microsoft puede seguirse en:  
[http://www.salon.com/tech/feature/2002/10/microsoft\\_media\\_one/print.html](http://www.salon.com/tech/feature/2002/10/microsoft_media_one/print.html)

verifica *inter vivos* o *mortis causa* mediante la expresión de la voluntad.

En Internet, el autor puede introducir directamente su obra, difundiéndola por primera vez, y ejerciendo de este modo su voluntad soberana. Ahora bien, una vez dentro, ¿cómo puede autorizar el resto de las la copias, reproducciones o distribuciones en el ciberespacio? Si el autor decide transmitir su derecho de difusión , por ejemplo, a un editor o productor, ¿cómo controlará después éste a su vez?. La respuesta unánime parece ser técnica, con la plena confianza en los mecanismos *software* de control y gestión de derechos. Pero incluso dando por válida ésta solución, cabe preguntarse, ¿cómo controlará el autor o el titular <sup>188</sup> las posibles difusiones o distribuciones que se realicen, después de haber accedido a la información? Y refiriéndonos sobre todo a la copia privada y en espacios privados de la red, o en redes privadas como las propiciadas por el P2P. Si se considera una página *web* un espacio privado, en el sentido de información protegida, donde cada uno en la suya puede depositar lo que quiera, y donde nosotros restringimos los accesos conforme a nuestra voluntad, la cuestión es cómo controlar la difusión de la información previamente obtenida allí y pagada quizá a través de un mecanismo *software* de gestión. O, todavía más fácil, como se ha visto, es posible vía e-mail difundir o distribuir, sin consideración de espacio, tiempo o número, en la más absoluta privacidad o intimidad. Aunque la posibilidad más llamativa es la que se produce a través del P2P, ya citado.

Cabe ahora preguntarse: ¿es factible creer que los usuarios pedirán autorización? Quiero decir, puede resultar fácil la autorización para el acceso, pero no para introducir la información. Es más, ¿existirá un medio rápido de gestión de estas autorizaciones, masivamente? Puede imponerse un sistema semejante a las licencias "*shrink-wrap*" <sup>189</sup> utilizado para los

---

<sup>188</sup> Que podrían ser Sociedades Internacionales de gestión.

<sup>189</sup> Sirva de ejemplo, el caso ProCD v. Zeidenberg, en el una cara compilación de datos grabada en CD-Roms , protegida desde el copyright, utiliza tal sistema, previniendo los



productos *software*? ¿tal consideración resulta ridícula? ¿Sería entorpecer el rápido funcionamiento? En definitiva, quizá, se trata de poner puertas al campo. ¿Se puede imponer a los proveedores u operadores la monitorización de toda la información transportada para detectar la infracción de derechos, a pesar de que la reciente legislación trata de evitarlo? Puede pensarse que tal solución es sólo un pretexto para controlar y censurar los contenidos en Internet, como ya sucedió tras la invención de la imprenta. Y es posible pensar, también, con toda tranquilidad, que el autor puede sólo decidir sobre la primera transmisión, tanto técnica como jurídicamente, y de una vez por todas. Es decir, que todo ese espectro de derechos exclusivos, quedarían reducidos a uno sólo cuyo ejercicio consistiría en un solo acto de dar por primera vez al público la obra y para siempre, sin poder determinar aspectos temporales, espaciales o cuantitativos, como hasta ahora. La importancia de tal decisión puede ir acompañada de una mayor importancia económica compensatoria. ¿Puede conseguirse esto o igualmente es una irrealidad, que los distintos intereses no permitirán?.

Son demasiados interrogantes los que obligan a no reducir el enfoque sólo a la perspectiva legal vigente.

#### **2.4.1.4 Límites. Derechos sin Límite o Límites Interminable En Internet.**

---

Si mediante los límites el legislador pretende el equilibrio entre los derechos de autor y el derecho a la información en los tradicionales medios de comunicación, ahora no parece tan claro que tales límites tengan igual aplicación en los novísimos medios digitales. Tanto si la información corre libremente por la red como si se gestiona mediante mecanismos técnicos, ¿cómo pueden hacerse efectivos tales límites o excepciones? En el primer caso, si la información es libre y

---

los compradores que su utilización sólo es para uso personal y sin fines comerciales. Consúltese en: Barry D. Weiss., *Barbed Wires and Branding in Cyberspace: "The future of Copyright Protection"*. *Practising Law Institute*. July, 1996 p. 2 y ss.

accesible ¿Predomina el derecho a la información sin límite en el derecho de autor? Y si, por el contrario, el autor o los titulares del derecho, a través de los mecanismos de control, pueden controlar todos los accesos y usos de su obra, ofreciendo una explotación tan exhaustiva como nunca ejercida, ¿es posible dar cabida a las excepciones al derecho de autor? ¿es posible técnica y jurídicamente? ¿Estaríamos ante el derecho de autor sin límites? Estamos, en uno u otro caso, ante derechos sin límites o simplemente haciendo las limitaciones vigentes infinitas, inclinando la balanza a favor del público o del autor. Obviamente, un nuevo "*balance*" o equilibrio se reclama necesariamente. Mientras tanto, el Derecho comunitario y del Derecho norteamericano mantienen, al menos en la letra de la ley, las mismas excepciones en el ámbito de Internet.

Límites, como el derecho a la primera venta o "*first sale doctrine*", que limitan en ambas tradiciones el derecho exclusivo de distribución, tienen difícil aplicación en Internet. Pensado para un mundo físico, las nuevas tecnologías permiten la distribución masiva de la copia a cualquier lugar del mundo- vía satélite- sin desposeerse de la información legalmente obtenida e incluso en el ejercicio legítimo de este derecho, que la técnica deja vacío de contenido. Al no existir una copia material que vender y de la que desposeerse, sino al tratar con información que son ceros y unos en la memoria RAM, sin soporte, la información es tan volátil como la memoria RAM, y ello independientemente de la posible grabación o impresión de la misma en el disco duro o papel, por ejemplo. Así si compro información por Internet y la deposito en mi página *web*, puedo revender esa copia, pero con la circunstancia de que como no me desposeo de ella, puede repetirse el acto tanta veces que se desee. E incluso más. Sin voluntad de distribuir, o copiar, o vender, tal límite es "ilimitado": así el "browsing". Aunque sólo mira, hay copia, transmite la información y significa que está disponiendo del derecho de distribución sobre esa información, que no le pertenece. Nada tiene que ver esta

situación con hojear en una librería, etc..., como algunos podrían pensar. Su aplicación aquí deja sin sentido el derecho exclusivo de distribución. Algunos autores confían en que los mecanismos técnicos de gestión y control de los derechos permitirán que todos los usos repercutan económicamente en el autor, dejando, por opuesto motivo, vacía la excepción. Se prevé la existencia de un *software* capaz de controlar cada acto de copia de una obra, aún después en manos del usuario.

¿Su inaplicación en Internet constituiría un incumplimiento del Derecho Constitucional, tanto americano como español?<sup>190</sup>  
Pregunta extensiva al resto de las excepciones en Internet.

Asimismo, cabe plantearse respecto a otros límites, especialmente los que excepcionan el derecho de reproducción, permitiendo la copia personal, sin objeto comercial, y con fines didácticos, científicos o periodísticos, recogidos tanto en nuestra legislación, y en la europea, en general, como en la norteamericana bajo el nombre de "*fair use*". De entrada, y expuesto lo anterior, tal cual se produce la copia en Internet, surge la duda de cómo confinar tal facilidad de copiar a tales usos y no a otros, que, por otra parte, algunos son inevitables técnicamente, como se ha visto. Dicho lo cual, es posible diferenciar situaciones distintas donde podría operar tal excepción. Desde la copia técnica hecha por el sistema, como en el *browsing* o por el proveedor del servicio<sup>191</sup>, pasando por las copias que se pueden realizar anónimamente de cualquier información a la que tenemos acceso, como las que se realizan por e-mail cuando enviamos la obtenida información. Asimismo, otra posibilidad, en la que se podría invocar tal excepción, es en aquella en que "copiamos" información en espacios o sitios que pueden ser accedidos por otros<sup>192</sup>. Tan extensa como infinita puede ser la invocación de

---

<sup>190</sup> En uno al no dar cumplimiento a "promote the Progress of Sciences and useful Arts"; y en el otro, al no cumplir el mandato constitucional de hacer efectivo los derechos fundamentales, el derecho a la información, base del sistema democrático.

<sup>191</sup> Algunos de estos supuestos ya los ha considerado el legislador como tal excepción.

<sup>192</sup> Por ejemplo, el caso: Playboy Enterprises v. Frena. Se requirió el pronunciamiento judicial sobre el hecho de que Frena había distribuido copias no autorizadas en un Bulletin Board Service, o servicio de noticias, de fotografías de Playboy, protegidas

esta excepción en Internet, y sin la garantía de su fin, cuanto comerciales y no personales pueden ser los propósitos. Así, por ejemplo, la tecnología P2P podría ser una gran excepción al derecho, aunque no parece ser esa la posibilidad por lo cómo se ha resuelto judicialmente el caso *Napster*<sup>193</sup>. Y me estoy refiriendo a todo tipo de información: escrita, imagen, de audio, fotografía,...o cualquiera. Pero si por un lado, infinita puede ser la excepción, por otro, puede quedar sin aplicación por motivos opuestos al libre flujo informativo. Es decir, por un completo uso de los mecanismos de gestión de derechos, sea directamente por el autor o por entidades de gestión creadas al efecto. Y aunque también se está pensando en las posibilidades técnicas para que éstos den cabida a ésta excepción, ¿cómo sabemos que el usuario no miente? Pero, además, una vez obtenida la información. ¿Quién nos impide difundirla?. Se puede contestar que también se están estudiando las posibilidades tanto para impedirla como para que resulte defectuosa, u oculte "huellas" o rastros que después delaten.

Ahora bien, volvemos a preguntarnos ¿No se estará con ello desnaturalizando Internet y pervirtiendo todas sus bondades?.

Efectivamente, existe una gran esperanza y optimismo por parte de autores, legisladores, y sectores empresariales, en la capacidad de las compañías de software en la invención de mecanismos de seguridad y control en las redes. Estos ,aplicados a la institución del Derecho de autor o *copyright*, quizá permitan en el futuro no sólo el mantenimiento sustancial del régimen jurídico tradicional sino incluso reforzar los derechos del autor. Ahora bien, por lo observado, esto no se conseguirá si no es arriesgando el derecho del público y "desnaturalizando"

---

por copyright, a las que los usuarios podían acceder y copiar libre y gratuitamente. Frena alegó la "fair use", frente a la acusación de haber infringido el derecho de distribución del titular de la *Revista Playboy*. La Corte examinó los cuatro factores ponderables para hacer valer la fair use: en primer lugar, el propósito y naturaleza del uso, que convino que era comercial; segundo, la naturaleza de la obra, que se encontró de entretenimiento y no , por ejemplo de documentación científica; seguidamente, se examinó la cantidad sustancial de obra copiada, de la que dictaminó que infringía el derecho de Playboy; y, en cuarto y último lugar, el efecto que tendrá la copia en el mercado de la Revista Playboy, a lo que la Corte consideró que afectaba seriamente las ventas de la misma.

<sup>193</sup> Básicamente se ha entendido que es una vulneración de los derechos exclusivos del autor. Véase en: CNET News.com., en <http://news.cnet.com/news>

la originaria arquitectura Internet. Las llamadas excepciones o límites que estamos examinando, en general, quedan "atrofiados" por estos mecanismos. Los llamados "*trusted printers*", en combinación con las "*watermarks*", amén de otros sistemas, en los que la criptografía es protagonista, son, conjuntamente, para Mark Stefik, la gran solución para la no infracción del copyright en la "*digital publishing*". Pero aún más, el autor espera el reforzamiento de tales derechos, e incluso hasta la posibilidad de dejar sin aplicación las excepciones. Aunque, como él bien dice, la técnica en este punto es neutral, depende de las políticas de su utilización<sup>194</sup>. "Trusted printers offer a new way to read large documents of commercial interest that currently do not appear on the net. They change the practical usefulness of networks for distributing large documents digitally. The risks of theft of digital works is reduced by encrypting all transmissions of content to the printer and by embedding watermarks in the printout. Since payment systems are automatic, a publisher can rely on a revenue stream that is more dependable than the stream from reprint requests today. The required level of traceability of copies can be obtained by specifying in the rights the kind of trusted printer which may be used and watermarking."<sup>195</sup> Lo cual da que pensar que surgirán diferentes clases de usuarios conforme al software disponible; y todo ello, siempre dependiendo de que todos tengamos los mismos niveles de seguridad y control en nuestros sistemas. Pero merece la pena describir algunos de éstos mecanismos y subrayar sus virtudes y algunas de sus flaquezas, pues no en balde pueden ser los "salvadores" del régimen actual y de los derechos de los autores, editores y productores. Se toman a modo de ejemplo, consciente como estoy que se superan y cambian por la compañías de *software* a gran velocidad, en una especie de "ataque y contraataque" entre éstas y los *hackers*, *crakers*, etc... Sabemos que las innovaciones de *software* son diarias, y, además, los programadores y sus empresas cuentan con la protección y el respaldo del legislador, quien anima en la hazaña del control técnico de la Red.

---

<sup>194</sup> MARK STEFIK., "Shifting the Possible:How Trusted Systems and Digital Property Rights Challenge Us to Rethink Digital Publishing". oc., p.8

<sup>195</sup> Ibid.6

Aunque remitimos a pie de página clasificaciones sistemáticas de estos mecanismos, unas conforme al criterio temporal de anterioridad, posterioridad o simultaneidad al momento en que se puede producir la infracción, encaminados a prevención o reparación<sup>196</sup>, o las que distinguen mecanismos a nivel *hardware* o *software*<sup>197</sup> baste ahora indicar que éstos sistemas "*trusted system*" tienen por objeto administrar los términos de acceso, ejercicio de los derechos y precios, para acceder y utilizar una obra digital. Están basados en claves encriptadas, y requieren que ambos ordenadores contengan el mismo sistema y que se reconozcan para la encriptación y desencriptación de códigos exclusivos y secretos. Una variante es el "digital envelopes", o sobres que contienen la obra encriptada, junto a los derechos de acceso y uso. En conjunción e interacción con los anteriores, se añaden los "*Digital Rights Language*", que se incorpora a la obra permitiendo el ejercicio de unos u otros derechos. O el "*Digital Billing*", con objeto de establecer una forma de pago rápida y segura en la red: tanto on-line como off-line, usando en el primero dinero electrónico o tarjetas de crédito en el segundo. El sistema de pago está incorporado al sistema de control general con lo que pueden administrarse distintos precios, según las aplicaciones. En general, éstos sistemas no previenen de la copia masiva, porque no pueden garantizar los usos o copias posteriores que se realicen a partir de la obtenida. Y precisamente para evitar la copia perfecta, semejante al original, se han inventado las "*trusted printers*" o "*watermarks*" que son "huellas" en la copia que delatan su ilegalidad y degradan su calidad. Y ello mediante señales encriptadas escondidas, bien en el documento, imagen o sonido, que al ser percibidas pueden revelar su origen, al mostrarse visibles éstas y haciendo imperfecta la copia. "Trusted printers combine four elements: print rights, encrypted on-line distribution, automatic billing for copies, and digital

---

<sup>196</sup> ERIC SCHLACHTER ., "The Intellectual Property Renaissance in Cyberspace: Why Copyright Law Could be Unimportant on the Internet"., oc. p.15

<sup>197</sup> DALE J.REAM., oc. ps. 9 y 10

watermarks for marking copies that are printed"<sup>198</sup>. Aunque la experiencia indica que a toda medida de seguridad en Internet le surge su "antídoto" dejándolo vulnerable para su manipulación y burla, sin embargo, con ellos los editores y productores podrían confiar sus obras "in extenso" en la red, sin miedo a su copia y distribución. Pero, aunque fueran absolutamente seguros, hay que objetar que todos ellos dejan poco o ningún margen a las limitaciones del derecho. El autor o titular puede cobrar por todos los usos que se hacen de su obra, sin discriminar aquellos que tienen por objeto la investigación científica, periodística, el aprendizaje.... E incluso, es posible programas que tras un determinado tiempo concertado se autodestruyen y son irreproducibles; o en "*the Xerox digital property language*" distinguir entre "*copia digital*" y "transferencia de una obra digital", el primero incrementa el número de copias disponibles en el mundo y el segundo no, pues el sistema lo borra de uno para transferirlo al otro. Aunque este dispositivo puede ser muy útil para las bases de datos o librerías electrónicas<sup>199</sup> al ejercer el derecho de préstamo sin perder el control de la obra, sin embargo, y una vez más, hay que decir que las fórmulas arbitradas para las excepciones pueden ser calificadas de ingenuas, pues no hay manera de saber a la velocidad del ciberespacio si el usuario no miente sobre el supuesto uso personal no comercial. Y si técnicamente fuera posible evitar que toda información sea reproducible en nuestro ordenador, ¿no es atentar contra el derecho a la libertad? Pues se puede impedir ilícitamente la copia libre lícita. Pero, aún así, hay que añadir que si estos productos se venderán en un mercado libre, cualquier persona puede utilizarlos, y no sólo para proteger la propiedad intelectual sino también para defraudarla: un ejemplo claro en la encriptación. Todo podría ser técnicamente posible, incluido el no permitir la copia y sí el acceso. Pero el asunto ha de plantearse en el contexto de los derechos fundamentales para "medir" su viabilidad constitucional.

---

<sup>198</sup> MARK STEFIK., oc. p5

<sup>199</sup> No hay que olvidar la importancia, recogida legalmente, de las excepciones para la existencia y funcionamiento de las bibliotecas. Gracias a las mismas pueden realizar su labor con normalidad, precisamente por su fin no comercial, de investigación.....

Al hilo de lo anterior, surgen preguntas y nacen reflexiones. Así, para que lo expuesto atrás tenga eficacia general y puede hacerse valer por todos, requerirá que cada usuario sea capaz de tener el mismo nivel de equipamiento *hardware* y *software*, pues de lo contrario, ni conocerá lo disponible, ni tendrá acceso y menos podrá comprarlo. Ello contribuirá quizá a crear diferencias económicas y culturales más importantes que las existentes. Además, ¿Los mecanismos técnicos de control y seguridad en la red, están dirigidos especialmente al comercio electrónico? ¿Debe seguir siendo la información una mercancía más, ahora en el mercado Internet? ¿Es, por tanto, un elemento más del comercio electrónico en Internet?. Pero en el gran mercado Internet, todo es información. ¿Cuál debe ser diferenciada en su tratamiento?. Pues, a pesar de lo dicho en cuanto al autor y la originalidad mínima, no todo puede ser objeto de protección o consideración especial?. Entre otras razones, porque sería imposible cualquier relación comercial o de otro tipo, que es y produce información misma, como ella misma lo es. Ejemplo, una transacción comercial, o una relación laboral, con independencia de que el objeto de esa relación sea información creativa, protegible, como en una empresa periodística, se verifica en la red comunicativamente con información. Es necesario para su funcionamiento. Sería tanto como negar o intentar proteger mediante derechos de autor las relaciones humanas en la vida real. Cabría plantear que aquella información calificada como "obra creativa original" cayera siempre en el campo de las excepciones de la propiedad intelectual, es decir, que fuera libre, pues en esta se basa el progreso científico, técnico, literario. Todo ello requiere ser clarificado para establecer un nuevo equilibrio informativo. Y, en este sentido la última reflexión del epígrafe sería: aún en el más perfecto posible sistema de seguridad y control en las redes, ¿debe Internet perder su naturaleza libre de compartir información, salvo en los casos de relaciones confidenciales



privadas, como las comerciales, cuyo objeto no sea la información misma,<sup>200</sup> o en casos de secretos oficiales del Estado o de privacidad de los datos.<sup>201</sup>

El equilibrio de los intereses está roto.

#### **2.4.2. Derechos Morales.**

---

A diferencia de la tradición anglosajona, en la corriente civil europea, cifrada en el Derecho francés, y en concreto la española, las facultades morales son parte esencial del contenido del derecho, que a diferencia de las patrimoniales, son reconocidas como intransmisibles, inalienables e indisponibles, es decir, son derechos naturales del autor, a los que se subordinan los económicos, que no gozan de ese carácter.

El poder del autor sobre la obra se hace extraordinariamente más importante. Si las relaciones de tráfico de derechos de autor se han complicado por estas diferencias de regímenes jurídicos entre los Estados, ahora tal problemática se exagera, desde que las obras, sujetas, en principio, a una determinada legislación, se transmiten libre e incontroladamente de forma global, de manera que pueden no encontrar el mismo tratamiento y protección.<sup>202</sup>, y provocar resistencias por parte de los autores o titulares en comercializar su obras en Internet, y, como consecuencia, incrementar obras de piratería. Preocupa tal diferencia en tanto que dificultará el comercio de obras en el

---

<sup>200</sup> A este respecto, entre otros: RINDSKOPF PARKER, ELIZABETH., *The International Dimensions of Cyberspace Law.*, Aldershot, England; Burlington, Vermont: UNESCO, 2000.pp. XVIII, 231. DELACOURT, J.T., "The International Impact of Internet Regulation", *Harvard International Law Journal.*, Winter, 1997. Brown, J.E., "Challenges and Opportunities of International IP Disputes", *The Computer Lawyer*, July 1996.

<sup>201</sup> No hay que olvidar lo que afirma la Directiva del Comercio Electrónico en su considerando (9) "La libre circulación de los servicios de la sociedad de la información puede constituir, en muchos casos, un reflejo específico en el Derecho Comunitario de un principio más general, esto es, de la libertad de expresión consagrada en el apartado 1 del artículo 10 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, ratificado por todos los Estados miembros; por esta razón, las Directivas que tratan de la prestación de servicios de la sociedad de la información deben garantizar que se pueda desempeñar esta actividad libremente en virtud de dicho artículo, quedando condicionada únicamente a las restricciones establecidas en el apartado 2 de dicho artículo y en el apartado 1 del artículo 46 del Tratado. La presente Directiva no está destinada a influir en las normas y principios nacionales fundamentales relativos a la libertad de expresión".

<sup>202</sup> Caso de USA o China

ciberespacio, y se llama a la armonización internacional en aras del desarrollo del comercio electrónico.<sup>203</sup> Pero este problema, que no deja de ser cierto, parece partir de la seguridad de que los derechos morales son aplicables y no vulnerables en el ciberespacio.

Estos le dan al autor un mayor poder sobre su obra, pero también requieren una mayor vigilancia y control para su respeto. Así, por ejemplo, retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, parece una "fineza" extraña a los futuros planes del comercio electrónico mundial; pues, por un lado, parece difícil técnicamente, que el autor pueda materializar su deseo, una vez su obra en la red; y, por otro, la comercialización, a nivel mundial, podría dañar tantos intereses como imposible la indemnización a pagar por el autor, para hacer valer su derecho. Parece, por razones técnicas, que el mismo control sobre la difusión y la integridad de la obra parecen una proeza de difícil consecución, incluso con ayuda de Sociedades de Gestión internacional, operando globalmente.

#### **2.4.2.1. La Decisión de Difusión, Paternidad e Integridad y Otros. Cuáles Controla y Decide el Autor?**

---

Si la facultad moral del autor de decidir dar o no dar la obra a la luz pública es la decisión radical de la que se desprenden el resto de facultades morales o patrimoniales, -sin la que las demás no tienen sentido- parece que ésta puede ser la única sobre la que el autor permanezca con poder absoluto. Pero una vez ejercida, todo indica que el control sobre su "criatura" se le escapa. E incluso, ejercida off-line en soportes tradicionales, como el papel, puesto que con la técnica del escáner es posible introducirla en el ordenador rápida y anónimamente; y, no mencionemos la facilidad para lo mismo si se encuentra en soportes audiovisuales. ¿Estamos ante el ejercicio del derecho de reproducción o ante el de transformación al introducirlo al formato digital? Naturalmente, todo ello surge

---

<sup>203</sup> BENJAMIN R KUHN., oc., p.12

pensando en las más novísimas tecnologías que lo hacen posible, lo que no quiere decir que ya sean populares.

Si las transmisiones son masivas, incontroladas, de difícil identificación, internacionales, incluso anónimas, veloces y rápidas, ¿cómo puede el autor asegurar que su derecho a la atribución de la obra sea respetada? ¿cómo puede el autor mantener la integridad de su obra, cuando es práctica habitual en Internet tomar de aquí y de allá y hacer y deshacer para crear o transformar? ¿cómo puede exigir que se le cite? ¿cómo puede evitar el plagio? La capacidad de manipulación <sup>204</sup>en Internet es un hecho y práctica habitual, que contribuye, a su vez, a nuevas creaciones. El derecho a la integridad de la obra, tal como la conocemos, queda muy trastocado. La transformación, adaptación, interacción o derivación desde una obra a otra es común en el nuevo contexto. Parece que todos los mecanismos de control están dirigidos a prevenir la copia, pero ¿pueden prevenir la infracción de los derechos morales?. Y, sobre todo, cómo tener constancia de ello a nivel mundial. Quizá la respuesta esté en las nuevas Entidades de Gestión que operen en el ciberespacio. Pero, como los derechos morales operan, digamos, en la esfera cualitativa y no cuantitativa, como la copia, requieren para su control la visualización o audición y lectura. ¿Es posible monitorizar todo el flujo informativo, tan rápido, mundial e incontrolado? La reciente legislación, como se ha mencionado, prefiere evitarlo y requiere la colaboración ciudadana para denunciar las irregularidades en la red<sup>205</sup> Y si fuere posible tal acción, ¿Sería una especie de censura, no en sentido estricto legal, si se obligara a los proveedores y operadores de servicio a monitorizar la información con el fin de evitar su posible responsabilidad? ¿Se resentirían otros derechos humanos?. Puede objetarse que esta problemática sucedía ya tradicionalmente. Sin embargo, Internet, por sus características, cualifica

---

<sup>204</sup> STEPHEN FRASER., "The Copyright Battle: Emerging International Rules and Roadblocks on the Global Information Infrastructure"., oc. p.18 y 19

<sup>205</sup> Y ello tanto en la Directiva del comercio electrónico, arts13 al 15. Así como en la Digital Millennium Copyright Act, en Title II. Sec.202 &512.Liability of service providers for on line infringement of copyright

extremadamente el problema. El control en las redes privadas P2P parece un espejismo.

Por otro lado, estos derechos morales, conforme a la doctrina tradicional, se consideran como una prolongación de la personalidad del autor. Del autor creador original, y de su concepto romántico de "autor", se desprenden las lógicas facultades morales. Criticado por la doctrina, en Internet pierde toda su fuerza y revela sus contradicciones, como se ha visto más arriba. El fundamento lógico de los derechos morales ha quedado afectado y "se tambalea".

#### **2.4.2.2. La Tradición de los Derechos Morales que se Pierde en el Ciberespacio.**

---

Conforme a todo lo precedente, parecen correr, también, "malos tiempos" para la corriente civil europea de los derechos morales. Su posible pérdida en el ciberespacio, preocupa más a unos que a otros, que cifran solo la cuestión en la reproducción de la copia. Precisamente ahora que la adhesión al Convenio de Berna es casi unánime, -después de la incorporación de USA, y China- las nuevas técnicas, precisamente generadas porque la protección al derecho de autor ha dado sus frutos- el avance científicotécnico- vacían casi de contenido los derechos morales. Que los nuevos mecanismos de control en Internet sean efectivos en esta clase de derechos ,parece más dudoso que en los económicos que, por otra parte, se supeditan a los espirituales. Aunque, también esto mismo, nos pueda llevar a pensar que en un medio tan "espiritual" como Internet- sin fronteras, sin tiempo y espacio, sin materialidad aparente- sólo pueden sobrevivir algunas facultades morales del autor.

#### **2.5. Temporalidad en Internet. Un Medio sin Tiempo.**

---

Afirmar su atemporalidad, va referido a su característica técnica de "instantaneidad", rapidez, y no control. Si en la

etapa anterior y posterior a la imprenta , el tiempo, junto al espacio, es un elemento básico disuasorio para la copia y reproducción de la obra, que asegura una economía de la información, tal factor se esfuma ahora. Su inexistencia para copiar, reproducir o distribuir se verifica en un solo "click".

Además, hoy por hoy, determinar cuál es el momento en que se hace pública una obra en el ciberespacio, parece confuso desde que no se ha definido cuándo y cómo algo es "público en Internet". Hecho que no es nimio, puesto que es determinante para el cómputo de los plazos legales y de la vigencia de posibles acuerdos.

#### **2.5.1. El Fin de los Plazos.**

---

Pero incluso cuando se resuelva tal cuestión, es posible preguntarse si el cómputo de plazos es factible, dado que una vez la obra en la red, se escapa de control en Internet libre. Si los derechos de explotación quedaran sin sentido, también, lógicamente, el tiempo en que estos legalmente son protegidos. Es decir, quizá fuera posible su observancia en un determinado ámbito, pero dada la capacidad de diseminación incontrolada del medio, parece inútil el esfuerzo de parar lo imparable. Pero, objetando lo anterior, incluso si es posible su vigencia mediante mecanismos de control, surgen graves preguntas, así: cómo se coordinarán los distintos plazos que pueden estarse aplicando en diferentes Estados, dado que la comunicación es con independencia de espacio y fronteras. Y qué ocurre cuando hay coautoría y concurren distintos plazos,- p.e. obras multimedia, donde pueden caber obras de muy diferente naturaleza y régimen de plazos-, y si, por ejemplo, una parte pasa al dominio público. ¿Puede ese mecanismo discriminar los derechos de cada coautor y en cada Estado? Y la entrada en el dominio público ¿cómo se hace posible? ¿Quedarían sin efecto estos mecanismos? ¿Quién controlaría que éstos son "desactivados" o programados para el libre flujo de la información a partir de ese momento? ¿O todo ello queda sin sentido puesto que ya corre libre la

obra sin posibilidad de control, y los plazos quedan en papel mojado?. ¿O? serán las nuevas Entidades de Gestión en el ciberespacio capaces de detectar, determinar y gestionar los plazos?. Estas son solo algunas preguntas que intentan mostrar los problemas que surgen con todas estas novísimas tecnologías.

### **2.5.2. Disolución del Dominio Público /Dominio Privado.**

---

En el equilibrio de intereses y derechos, de los autores y del público, la dicotomía dominio público /dominio privado, ha contribuido, positivamente, a mantener un sostenido equilibrio, reajustado en cada momento por cada legislación conforme a las circunstancias<sup>206</sup>: Falta de creaciones propias y carencia de medios para producirlas, ha implicado un mayor dominio público; necesidad de incentivar y proteger la creación propia, ha implicado un mayor dominio privado, que incentive, compense y proteja al autor en sus esfuerzos y frutos.

Añadir a las razones del epígrafe anterior otra, quizá, más sustancial: Dado que Internet es global, las desigualdades económicas, educacionales o culturales a nivel mundial, serán el criterio para un futuro equilibrio informativo, o serán las razones de los países desarrollados las que se impondrán, al tener más intereses que proteger. La adopción de una u otra postura podría conllevar la desaparición de tal distinción. O quizá dominio público /privado contenga ahora diferente significado jurídico.

## **2.6. El Espacio**

---

El concepto de la dimensión del espacio cambia aquí respecto a los medios tradicionales. Pero si ya medios como la radio o la televisión desafiaron las fronteras, se añade, gracias

---

<sup>206</sup> El caso *Eldred* ha reabierto en Estados Unidos el debate de si la ampliación de la protección, posponiendo la entrada en el espacio público, es en este momento una vía para potenciar la creación.

a la integración de todos los avances técnicos al servicio de la red, -satélites, fibra óptica, etc.- , a la "ubicuidad", la ausencia de centralización y control de la información. A las dificultades de diferentes sistemas y regímenes jurídicos a los que se podría someter una obra en los distintos territorios a los que puede llegar, dando lugar a problemas de Derecho aplicable y jurisdicción competente, y la oportunidad de burlar una ley y someterse a otra más permisiva, se añaden las que conllevan propiamente la incapacidad de control espacial: la importación o exportación quedan libres de control. Las posibilidades de control a través de mecanismos técnicos-certificados digitales,<sup>207</sup> licencias, firma digital<sup>208</sup>, etc.,- podrían soslayar algunos problemas al tener establecidas las condiciones de acceso, e identificar a las personas que ejercen algún derecho sobre una determinada obra. Y de esta manera reinventar fronteras y establecer puertas por donde fluya controladamente la información. Pero a su vez resurgen nuevos problemas, algunos ya vistos, como la fiabilidad y garantía de los datos suministrados al mecanismo de control , como puede ser el personalizado.

Estas fronteras electrónicas podrían ser individuales, como la señalada en el párrafo anterior, o de otras dimensiones comunitarias. H.Smith Reeves<sup>209</sup> describe tres modelos de barreras o fronteras electrónicas en Internet: *The system-Level Boundary Model*, *The Open-system Model*, and *the Individual-Level Boundary Model*. Desde el primero que supone delimitar zonas de acceso y seguridad por los proveedores y operadores de la red -empleo de *fire-walls* y otros- pasando por el sistema abierto de la red hasta el control individual por parte de cada sujeto en su ordenador. Las bondades y debilidades de cada sistema son resaltadas por Reeves: mientras que el sistema abierto favorece el libre flujo informativo, el sistema individual favorecería al autor en aras a la protección de sus derechos,

---

<sup>207</sup> MARK STEFIK., o.c. p.13 y 14

<sup>208</sup> La Firma Electrónica ha sido regulada en España mediante el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, ya convalidado.

<sup>209</sup> HAROLD SMITH REEVES., "Property in Cyberspace"., *University of Chicago Law Review*. Spring, 1996

posibilitando la creación en la red; sin embargo, el sistema de control local, permite más seguridad pero menor libertad y privacidad, desde que la monitorización es necesaria para el cometido. Los administradores y operadores de la red están en la mejor posición para imponer reglas a sus usuarios o para detectar infracciones y el cruce de fronteras, de forma más fácil y económica, que si lo tienen que soportar los usuarios individualizadamente, y, por otra parte, su imposición y costes parece impracticable a nivel general<sup>210</sup>.

De manera que, salvo que se permita el sistema abierto de máxima libertad, o se imponen las fronteras que individualmente cada sujeto determine o a efectos territoriales mayores se requiere que sean los administradores, proveedores y operadores de servicio, los que impongan los controles y las fronteras electrónicas. El ejemplo de China es ilustrativo. Ahora, cómo afectan esos filtros al libre flujo informativo? . ¿Ralentilizan la información? ¿Volvemos a los cuellos de botella? ¿Cómo se ejercería ese control? ¿Requeriría monitorizar toda la información? ¿también se aplicará al e-mail? ¿Perdería el ciberespacio su gran virtud y bondad de la velocidad y rapidez con independencia de espacio y tiempo? Probablemente, ¿estaríamos imponiendo las estructuras tradicionales a un mundo nuevo, e incluso retrocediendo en materia de derechos y libertades?.

#### **2.6.1 El Fin de las Fronteras Para la Información?**

---

La red no tiene fronteras y la información tampoco en el sistema originario que es la red. Sin embargo, la necesidad, desde el régimen vigente, de aplicar el Derecho en los territorios sobre los cuales el Estado tiene soberanía y jurisdicción, puede plantear la problemática de las "fronteras electrónicas".

---

<sup>210</sup> Ibid. p. 8 y 9



## 2.6.2 Disolución del Espacio Público / Espacio Privado

---

La importancia de que la obra esté en el espacio público, así como su determinación jurídica de "pública", es comprobable históricamente, en la gestación y evolución de la institución. Uno u otro pueden suponer un diferente régimen jurídico, pues aunque es la misma "creación" el principal objeto de regulación, no cabe duda que ,cuando esta se hace pública se pone en marcha el grueso del régimen jurídico del derecho de autor, y dependiendo del ejercicio de unos u otros derechos en público o en privado la trascendencia jurídica es distinta- p.e. la copia privada. Es importante hacer notar que se está utilizando el término "público"<sup>211</sup> en sus distintas acepciones y que en el derecho de autor coinciden todas ellas: cuando la obra se difunde o se hace pública, traspasa el límite del espacio privado al espacio público, y el público, las personas, pueden tener acceso a la obra. El contenido jurídico de la fórmula "puesta a disposición física y jurídica de la obra" se ha ido perfeccionando con el progreso técnico, y a efectos de derecho de autor recoge tanto el traspaso al espacio público, como el posible acceso universal del público a la obra, como la cualidad de la obra como difundida o pública, todo ello relevante sin duda a efectos de protección y explotación de la obra.<sup>212</sup>

Todavía en Internet es confusa la determinación del espacio público o privado <sup>213</sup> y cuándo una obra está "publicada" legalmente allí. Saber si una obra es pública, desde el punto de vista jurídico, en la red, todavía no es una cuestión pacífica.

---

<sup>211</sup> Un estudio sobre el concepto público en las obras de ERDOZAIN, J.C., *Las retransmisiones por cable y el concepto de público en el derecho de autor*. Ben, Lona, 1996..y *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet.*, Madrid, 2002..

<sup>212</sup> Sobre el concepto de difusión y público como puesta a disposición de la obra al público vease su análisis y gestación histórica en nuestro Derecho: DESANTES GUANTER, J.M., *Teoría y Régimen jurídico de la Documentación.*, p.p 374 y ss. También para un estudio detallado del concepto público en relación a las nuevas tecnologías: y el arriba autor citado, ERDOZAIN, *Las retransmisiones por cable y el concepto de público en el derecho de autor.*, Pamplona, 1997., Y en la más reciente: *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet.*, p.p. 96 y ss. En el mismo señala como el concepto "puesta a disposición " es consagrado por los Convenios de la OMPI, cuando la estructura de la explotación evoluciona hacia la forma punto -a - punto, donde el usuario permite que cada uno de los sujetos a cuya disposición se pone la obra o prestación puedan decidir dicho disfrute desde el lugar y en el momento en el que cada uno de ellos elija.

<sup>213</sup> Con independencia del e-mail

La "puesta a disposición física" tanto por parte del autor o titular del derecho o incluso por persona no autorizada, parece resuelta satisfactoriamente (tanto por el acceso legal o ilegal). La puesta a disposición jurídica parece más complicada, tanto por la falta de control técnico como por la afectación de los requisitos jurídicos. Pues existen posiciones extremas: desde las que niegan todo efecto público legal en Internet hasta las que afirman que toda la información, una vez introducida, es pública, y no cabe alegar privacidad alguna. Ahora bien, cabe decir que, aunque pública no significa que puedan vulnerarse sus derechos de propiedad intelectual. Como no lo son los de una valla publicitaria, objeto de tal protección, y está en la vía pública accesible al conocimiento de todos.

## **2.7. Formalidades. Su Pérdida de Valor Sustantivo o la Necesidad de una Nueva Burocracia.**

---

La pérdida de valor de los registros, las pertinentes anotaciones de los mismos y los símbolos en las obras, han perdido todo su valor sustantivo jurídico para pasar a convertirse en puros instrumentos de prueba y advertencia, en un paulatino proceso histórico hasta la actualidad. Sin embargo, cuando parecía un proceso acabado, el ciberespacio puede revitalizar su función, bien dentro o fuera de su seno. La necesidad de registros, tanto de las obras o de los mecanismos de control que se utilicen, claves criptológicas, certificados digitales, passwords, licencias, firmas digitales, etc.... reclaman una autoridad fuera de sospecha que autentique su originalidad y que administre correctamente su uso en la red.

## **CONCLUSIONES**

1.- Las nuevas tecnologías provocan cambios en el régimen jurídico del derecho de autor, tanto por la aparición /desaparición o fortalecimiento / debilitamiento de los sujetos titulares y

sus derechos de autor y otros derechos afines, como por la reconversión de algunos de éstos. La cuestión básica es averiguar si la institución es capaz de asumir, de nuevo, los cambios tecnológicos o si la naturaleza técnica originaria de Internet la afecta dramáticamente. Se observa una lucha de intereses entre el sistema tradicional y el emergente digital, y donde los autores desean beneficiarse de la independencia que les proporciona la red para centrarse en la creación misma, pero a la vez desean gozar de la protección jurídica de sus derechos exclusivos que compense sus esfuerzos.

2.- Las líneas trazadas en el Derecho vigente hasta el momento entre dominio público /privado se han movido y parece necesario un reajuste de equilibrio de intereses. Estamos ante otra medida de espacio-tiempo y en otra naturaleza técnica que nos coloca, posiblemente, en otra clave jurídica.

3.- Si desde el punto de vista jurídico la diferenciación en la obra original de las categorías idea /expresión aporta al análisis económico la base para fundamentar la obra como bien público libre /mercancía privada controlada, y media además en la contradicción "información infinita" que se debe al público e "información finita" que pertenece al autor, tal planteamiento parece en ponerse en entredicho en la Red.

4.- La crisis que en la Red se produce del concepto de originalidad, creación y de autor, además de la carencia de perfiles nítidos de las categorías que definían la obra, unido a la "no fijación material" y a la imposibilidad de la copia misma "on-line" y de su control posterior en soporte material, dejan sin sentido los fundamentos jurídico económicos, pues la no "escasez" material de la información, hasta ahora limitada como producto, la convierten en "infinita" a disposición del

público en la Red.

5.- El proceso técnico y de producción industrial de la información han ido minando las bases "románticas" de originalidad y de autoría. En la Red la creación se libera de la materialización para darse a la luz o publicarse, de manera que ante el innecesario "cuerpo físico" parece vigorizarse la "esencia espiritual" de la obra, lo que unido a la dificultad de control de la copia material, puede provocar algo más que una simple modificación legal. La coincidencia de intereses sobre la información de autor /público parece reflejarse en la Red, disipando la apariencia de intereses contrapuestos entre ambos, resultando en un cambio radical desde que el autor /usuario pueden tener posiciones intercambiables.

6.- El proceso histórico paulatino de pérdida de control sobre la difusión llega a su clímax en Internet. La pérdida de control de la copia que en la red tiene calidad original, puede dejar sin sentido a las facultades patrimoniales. Difundir información en Internet es al mismo tiempo copiar, reproducir, distribuir o comunicar públicamente, a la vez, sin distinción de la naturaleza de cada acto, operando todo ello en un solo acto de "transmisión".

7.- El control de la copia material parece difícil sin desnaturalizar Internet. Y si se traslada el régimen vigente intentando controlar el mundo virtual a la manera de la del mundo físico mediante mecanismos técnicos de control y protección, se pueden afectar derechos fundamentales y valores constitucionales.

8.- Una vez autorizada la introducción de la obra en la red, si Internet permanece libre, el control por el titular de la difusión de los posteriores actos de explotación no parece

fácil, e incluso con medidas técnicas de control, por el uso incontrolado posterior que se puede hacer de la copia privada. Es decir, los derechos exclusivos podrían verse reducidos a uno solo: el acto de autorizar la entrada de la obra en la Red para su transmisión, sin determinación cuantitativa, espacial o material. Sin olvidar que Internet libre permite que los llamados derecho patrimoniales exclusivos sufren de límites infinitos, e Internet gestionado mediante mecanismos técnicos, puede dejar sin sentido los límites, afectando a todos los derechos fundamentales.

**9.-** Las facultades morales parecen, en principio, las grandes perdedoras en la Red, tanto por la disparidad de regímenes jurídicos como por la posible insensibilidad de los mecanismos técnicos para el respeto de los mismos. Para el mantenimiento del régimen jurídico vigente, exigiría una "visualización" más activa que podría ser contraria a la libertad de información.

**10.-** Las variables tiempo-espacio caracterizadas en la Red por la instantaneidad y la velocidad e inexistencia de fronteras físicas, provocan importantes problemas de Derecho aplicable o de jurisdicción competente, dando oportunidad para la burla de la ley, y la incapacidad de control espacial. Asimismo, la difícil determinación a priori del espacio público /privado en la Red también hace difícil determinar cuando una obra está publicada en la Red.

**11.-** Se aprecia una aparente necesidad de revitalización de los requisitos formales en la Red.

**APLICACIÓN DEL REGIMEN  
VIGENTE EN INTERNET**

---

En este capítulo se pretende averiguar, y mostrar en su caso si, las medidas técnico jurídicas necesarias para mantener el régimen jurídico vigente del Derecho de Autor, desnaturalizan Internet o si por el contrario los cambios exigidos aún permiten mantener la esencia de éste. Ello permitirá comprobar si el Derecho queda incólume, si requiere sólo de algunas modificaciones o, por el contrario, de cambios más profundos. Asimismo, averiguar si sólo las medidas legales y los instrumentos judiciales permiten aplicar tanto el Derecho existente como los posibles cambios exigidos, o si es necesaria la colaboración de la técnica para posibilitar el mantenimiento, sustancialmente, del régimen vigente. Siguiendo lo que bien ha indicado la doctrina<sup>214</sup> podría afirmarse que lo que la técnica ha "alterado" que la técnica lo restablezca. O, también siguiendo a la mayoría de la literatura<sup>215</sup>, que sean ambos conjuntamente - Derecho y Técnica- quienes sostengan el tradicional edificio de la llamada "propiedad intelectual". Esta ha sido la postura legislativa adoptada tanto en US como en el ámbito de UE. La Directiva relativa a la "Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información", dando cumplimiento a los Tratados de la OMPI, persigue, modificando la normativa y con la ayuda ineludible de

---

<sup>214</sup>En esta dirección apunta el reciente acuerdo celebrado el 14 de enero del 2003 entre la "Recording Industry Association of America (RIAA), the Business Software Alliance (BSA) and the Computer Systems Policy Project (CSPP), representatives of the music and tech industries pledged to oppose government-mandated technology to stop consumers from copying copyrighted songs and video. Instead, the technology and music companies agreed to collaborate on creating their own technical solutions to preventing the swapping of copyrighted materials". En el artículo: "Hollywood and Silicon Valley: together at last? Katharine Mieszkowski. <http://www.salon.com/tech/feature/2003/01/15>.

Sobre las distintas posturas en relación a las soluciones posibles: PAMELA SAMUELSON., "The Digital Content Symposium" Foreword) en *Digital Content Symposium: New Product and New Business Model*. En *Berkeley Technology Law Journal*, 1997., Y de la misma autora: "The Quest for Enabling Metaphors for Law and Lawyering in the Information Age"., *Literature Reviews & Analyses*. En *Michigan Law Review*. May, 1996.

Sobre los mecanismos técnicos de gestión de los derechos y su repercusión sobre el régimen actual: STEFIK, MARK., "Shifting the possible: How trusted Systems and Digital Property rights challenge us to rethink Digital Publishing"., en *Berkeley Technology Law Journal*, 1997

<sup>215</sup> Esta parece ser la postura más coherente y mayoritaria. Véanse, citando algunos: MORANO, M F., "Legislating in the Face of New Technology: Copyright Laws for the Digital Age" en *Fordham International Law Journal*, 1997.

BAIN, SCOTT E., "Examining Traditional Legal Paradigms in a non-physical Environment: Need we invent new Rules of the Road for the Information superhighway?"., *Book Review*. En *Berkeley Technology Law Journal*., 1997

KNOLL, Amy., "Any Which Way but Loose: Nations Regulate the Internet"., en *Tulane Journal of International and Comparative Law*. Summer, 1996

REAM, DALE J., "Copyrighted Works & Computer Networks: Is Protection Possible?". *Symposium 1995: The Impact of the Mass Media Revolution Technology Panel*., en *Kansas Journal of Law and Public Policy*., Spring, 1995

las medidas técnicas, mantener el orden vigente<sup>216</sup>. Aunque ya casi obsoleta por la imparable técnica y usos del mercado, años atrás la "Digital Millenium" norteamericana, cumplimentando las obligaciones impuestas por los citados Tratados de la OMPI, sostenía una postura muy similar, en cuanto preservar el orden legal vigente, protegiendo y fomentando los mecanismos técnicos de gestión y seguridad. Aunque los defensores de Internet libre afirman que su arquitectura técnica de libertad es su propio Derecho regulador<sup>217</sup>.

Ahora bien, Internet posee una naturaleza técnica que le dota de características únicas en la historia de la comunicación, y en las que radica su potencial grandeza como instrumento de desarrollo de la Humanidad. Si el mantenimiento del régimen jurídico vigente a toda costa exige la "desnaturalización" de Internet, quizá el resultado sea otra "cosa", técnica y comunicativamente es distinta, pero no la primigenia idea de Internet, como medio de comunicación libre para compartir información. Puede ocurrir que las modificaciones o cambios más profundos no exijan desnaturalizar Internet. Pero puede ocurrir lo contrario. Así, la evolución o revolución del régimen vigente del Derecho de autor puede exigir cambios técnicos en la Red, que bien pueden, o no, llevar a su desnaturalización. Es decir, se trata de ver si la originaria naturaleza de Internet compromete el régimen vigente o si el mantenimiento forzoso de la actual regulación jurídica afecta gravemente la arquitectura originaria de la Red<sup>218</sup>

---

<sup>216</sup> La Directiva comienza estableciendo en el Considerando cuarto " El desarrollo tecnológico ha multiplicado los vectores de creación, producción y explotación. Si bien la protección de la propiedad intelectual no requiere que se definan nuevos conceptos, las actuales normativas en materia de autor y derechos afines deben de adaptarse y completarse para responder adecuadamente a realidades económicas tales como las nuevas formas de explotación".

<sup>217</sup> Its code is its Law. Or, in the words of Electronic Frontier Foundation (EFF) cofounder MITCH KAPOR en "Architecture is Politics"., citado LESSIG, L., en *The Future of ideas.*, p.p 35

<sup>218</sup> Como recuerda Lessig " In particular, to the extend a resource is physical- to the extend is rivalrous- then organizing that resource within a system of control makes good seen. This is the nature of real-space ecomics; it explains our deep intuition that shifting more to the market always makes sense. And following this practice for real - space resources has produced the extraordinary progress that modern economic society has realized.....We may need fences and perfect control to assure that the world of things runs efficiently. That is what the property of the market, property, and contract teach us" *The future of ideas.*, p. 115

Efectivamente, y de acuerdo con el autor, el sistema de controles y barreras en el mundo real ha rendido sus frutos en el mercado y la economía, pero que tiene sentido en el



Asimismo, comprobar si en este conservar, cambiar o desnaturalizar, los derechos fundamentales<sup>219</sup> quedan afectados, bien positiva o negativamente. Y quizá sea este el foco de atención: los derechos fundamentales, en virtud del cual se exija una toma de posición político-jurídica en orden a Internet, que decidirá su futuro funcionamiento y desarrollo.

### **3.1. Objeto Protegido: Información Libre / Información Restringida**

---

Si es la creación original la que permite bifurcar la información objeto de protección intelectual de la que queda libre de la misma, y a disposición del público en principio, es necesario que en Internet las obras originales, llamadas de autoría, encuentren reconocimiento y protección. El planteamiento para determinar cuáles son ese tipo de obras es el mismo que referido a los medios tradicionales, y por lo tanto aplicables los mismos convencionalismos, sin necesidad de prueba alguna como es el caso de la propiedad industrial. Lo que es original escrito en papel lo es escrito en la pantalla del ordenador o situado en una página web, con independencia del proceso o medios usados hasta llegar a la misma. Aunque la Comisión europea en el llamado Libro Verde de 1995 entiende que "la llegada de las nuevas tecnologías no afecta a la naturaleza de estos principios y conceptos, sino más bien a su interpretación" sin "por ello cambiar radicalmente su naturaleza", no puede en más de una ocasión confesar, como con respecto a las creaciones originales, que "los nuevos productos y servicios son muy a menudo resultado de adaptaciones o interpretaciones de obras preexistentes. Cabe por lo tanto preguntarse en qué medida puede responder el resultado obtenido a las tradicionales exigencias de originalidad y en qué medida las creaciones y los productos nuevos pueden acceder a la

---

mundo real puede que no lo tenga en el mundo digital. Por ello "Internet amordazada" puede que no sea la más eficiente solución.

<sup>219</sup> PERRY BARLOW, J., *Declaration of the Independence of Cyberspace.*, disponible en <http://www.eff.org>. PERRY BARLOW es el cofundador de la "Electronic Frontier Foundation" en 1990 para promocionar las libertades civiles y los derechos fundamentales en el ciberespacio.

protección, así como cuáles son sus consecuencias sobre el régimen de los derechos de autor y los derechos afines”<sup>220</sup>. Cavilaciones de calado que después no se reflejan en la Directiva aprobada, puesto que recoge incidentalmente la cuestión de la creación en un considerando y elude cualquier regulación de los derechos morales, rindiéndose a una acometida del problema totalmente mercantilista<sup>221</sup>, precisamente en la Europa de la tradición civil de los derechos de autor. La conexión de ésta con la Directiva del Comercio Electrónico, es lógica en esta línea, en materia de responsabilidad que se deriva de las actividades realizadas en el contexto de red. Y así lo confirma la Directiva 2002/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la Sociedad de la Información, explícitamente en el considerando quinto y en coherencia con el resto de la Norma <sup>222</sup>.

### **3.1.1. La Protección Posible: Aplicación Automática**

---

La adhesión universal al Convenio de Berna, y la redacción actual de las vigentes leyes, permite, por extensión, su aplicación en este punto, sin necesidad de modificaciones o cambios. Y de acuerdo con Bercovitz se trataría sólo de extender lo que la ley permite<sup>223</sup>. Cuestión distinta es su relación con otros elementos técnicos, tales como la fijación en un soporte material estable o la posibilidad de control de la misma, por parte de los titulares. Pero, en primera instancia, nada obsta para proclamar la obra original en el ciberespacio e invocar

---

<sup>220</sup> Libro Verde. *Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información*. Bruselas, 1995. COM(95) 382 final. p. 25

<sup>221</sup> Considerando noveno: " Toda armonización de los derechos de autor y derechos afines debe basarse en un elevado nivel de protección, dado que tales derechos son primordiales para la creación intelectual. Su protección contribuye a preservar y desarrollar la creatividad en interés de los autores, los interpretes, los productores, los consumidores, la cultura, industria y el público en general. Por lo tanto, la propiedad intelectual ha sido reconocida como una parte integrante del derecho de propiedad".

<sup>222</sup> Considerando quinto: "El desarrollo tecnológico ha multiplicado y diversificado los vectores de creación , producción y explotación. Si bien la protección de la propiedad intelectual no requiere que se definan nuevos conceptos, las actuales normativas en materia de derechos de autor deben adaptarse y completarse para responder adecuadamente a realidades económicas tales como las nuevas formas de explotación".

<sup>223</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, ALBERTO., "Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas"., en *Derecho de Propiedad Intelectual y las Nuevas Tecnologías.*, Ministerio de Cultura, 1996, p 71.

toda la legislación posible para su protección. Es obligación del Estado hacer efectivo su cumplimiento. Y en casos aislados bien se ha podido apreciar el cumplimiento de este deber en Internet<sup>224</sup>, para perseguir la delincuencia cibernética.

Crear en Internet y situar allí las creaciones no es problema, en principio, tanto entendiéndolo como espacio público o privado. E incluso, como se ha visto, posibilita un gran potencial creativo nunca experimentado con anterioridad. Son los momentos y actos posteriores, relacionados con el control de las facultades del autor, consecuencia de la creación, los que pueden venir a desanimar al autor a crear y colocar sus creaciones en el ciberespacio, como bien indica B.R. Kuhn<sup>225</sup>, dado que el tráfico en éste es masivo, mundial, veloz y exige tiempo para su detección y rastreo.

### **3.1.2. Lo que Queda Fuera de Protección: Necesidad de Medidas Técnico / Jurídicas**

---

Ahora bien, el flujo informativo en Internet es mucho más rico y amplio que las solas obras de autoría, en el sentido legal existente. Son éstas las más valiosas, desde un entendimiento tradicional, pero también las más escasas, y convendría por ello, técnica y jurídicamente, diferenciarlas de otros materiales, que, desde el punto de vista del régimen vigente, no merecen o merecen una menos intensa protección.

Pero es inútil establecer sólo por ley que éstas deben ser objeto de una mayor protección<sup>226</sup>, si tal disposición es inaplicable por imposibilidad técnica. Y técnicamente es posible aplicar sistemas, es decir, medidas técnicas de acceso

---

<sup>224</sup> La policía está haciendo un gran esfuerzo en el conocimiento de técnicas y mecanismos en el cyberspacio que permitan perseguir los crímenes que allí se cometan., como ponen de manifiesto las informaciones de los medios de comunicación.

<sup>225</sup> B.R. KUHN., "A Dilema in Cyberspace and Beyond: Copyright Law for Intellectual property distributed over the Information Superhighways of today and tomorrow"., *Temple International and Comparative Law Journal.*, Spring, 1996. P. 13 "With copyrighted works subject to increased piracy in this new medium, the lack of effective Copyright protection in developing economies may have the effect of removing a carrot from the stick of arguably the most effective way to promote the "progress of Science and useful Arts"—monetary profit. A likely impact of developing nations adopting the Copyright protection measures is that Copyright owners will do what they can to keep their creative original works from entering these markets".

<sup>226</sup> Por ejemplo invirtiendo la carga de la prueba: si alguien acusa a otro de copiar o no respetar por alguna razón su información, que un caso sea el otro el pruebe para mayor protección del autor, y en el otro tenga que probar quien invoca la protección de su información. ..

a la obra y de gestión de sus derechos, conforme al *WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION: COPYRIGHT TREATY*<sup>227</sup>, como las "water marks" o "steganography", los "rights-management envelopes" o "trusted systems"<sup>228</sup>, (dejando la lista abierta hasta los más sofisticados impredecibles hoy), por citar algunos de los mecanismos de seguridad que ofrece el mercado, que permitan dar un trato de protección jurídica real y diferenciado, a lo que es la clave de bóveda de la institución.

En principio, ello podría permitir que estas obras, tan costosas para el autor y editores y productores, permanezcan y estén a disposición en el ciberespacio. La Directiva 2001/29/CE al efecto establece un elenco de normas para la protección de medidas tecnológicas e información para la gestión de derechos (arts. 6 y 7). Regulación que está en la misma línea de la norteamericana *Digital Millennium Act de 1998*.

### **3.1.2.1. Falta de Originalidad**

---

Conforme al régimen vigente, fuera del espectro de protección quedarían muchos materiales que por su "escasa originalidad" no les es aplicables la calificación de "obra de autoría", pero que tienen origen e impronta personal o que siendo originales no encajan con los requerimientos legales. Puede aducirse que no es nuevo el problema, pues en los medios tradicionales muchos materiales pugnan por gozar de protección y no encuentran un abierto reconocimiento: véase, las noticias de prensa o los anuncios publicitarios por palabras, por ejemplo<sup>229</sup>. A diferencia de los medios audiovisuales, en los que la grabación de imágenes o sonidos, independientemente de ser constitutiva de autoría, es, en principio, objeto de un derecho afín, que permite su protección; sin embargo, en el ciberespacio

---

<sup>227</sup> Adoptado en Ginebra, en Diciembre, 20 de 1996

<sup>228</sup> Una explicación "in extenso" de estos mecanismos aplicados a la protección de la propiedad intelectual, véase: ERIC SCHLACHTER., "The Intellectual Property Renaissance in Cyberspace: Why copyright Law could be unimportant on the Internet"., *Digital Center: New Product an New Business Model. Berkeley Tecnology Law Journal*, 1997. P. 15 y ss. GERVAIS, DANIEL J., "Electronic Rights Management and Digital Identifier Systems"., en *The Journal of Electronic Publishing.*, University of Michigan Press. Geneva, December, 14-15, 1998. Disponible en : <http://www.press.umich.edu/jep/04-03/gervais.html>

<sup>229</sup> Sobre este tema, mi libro: ROSA MARÍA GARCÍA SANZ., *El derecho de autor de los periodistas.*, Madrid, 1992

el volumen de material de la más diversa naturaleza es el flujo común.

En el ciberespacio se encuentran desde las obras originales, en sentido estricto legal, pasando por materiales de más o menos originalidad, pero dentro de los parámetros vigentes, hasta la existencia de nuevas formas o tipos de obras, desde escasa originalidad hasta de autoría, en las que la originalidad no cabe duda, pero de difícil determinación en cuanto el tipo de obra y la imputación al autor-es. Así por ejemplo, las llamadas "obras multimedia" u "obras mixtas"<sup>230</sup>, que como explica el llamado WITHE PAPER<sup>231</sup> no encajan en las ocho categorías de obras enumeradas en la vigente *Copyright Act*. Asunto que no es vano, puesto como allí se indica, algunos derechos exclusivos sólo se aplican a determinadas obras, y, en consecuencia, tampoco se aplican todas las limitaciones de la ley a todas las categorías.<sup>232</sup> Sin embargo, se hace un esfuerzo interpretativo para su inclusión, al entender tal lista como ilustrativa más que exhaustiva. Pero el grupo de trabajo reflexiona muy bien indicando, que, tanto estas obras como otras emergentes del cruce de creaciones, demuestran, que puede que la clasificación vigente no sea por mucho tiempo útil o necesaria. Y aunque no recomiendan inmediatos cambios, sí su observación para su consolidación o eliminación en una legislación futura. "The somewhat strained analysis needed to find a category for multimedia works and the increasing "cross-breeding" of types of works demonstrate that categorization may no longer be useful or necessary. While the Working Group does not recommend at this time the consolidation or elimination of categories (and harmonization of the differing application of rights and limitations on those rights), it is likely that such consolidation or elimination will be appropriate in the future".<sup>233</sup>

---

<sup>230</sup> En torno a los problemas jurídicos que se plantean: BROWN, PETER., "Acquiring Rights in Multimedia Projects and the Resulting Liabilities from Rights of Publicity"., *Practising Law Institute*, September, 1995.

SULLIVAN, JEANNE E., "Copyright for Visual Art in the Digital Age: A Modern Adventure in Wonderland" en *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, 1996.

<sup>231</sup> INTELLECTUAL PROPERTY AND THE NATIONAL INFORMATION INFRASTRUCTURE., *The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*., September, 1995

<sup>232</sup> Ibid. p.7

<sup>233</sup> Ibid. p.7 en el epígrafe "Multimedia Works".

Si las dosis de originalidad exigidas han llegado a mínimas cotas, -ejemplo de ello es la protección dada a algunas guías telefónicas<sup>234</sup>-, podría invocarse una mayor reducción en aras a la protección de un mayor espectro por la legislación vigente. Sin embargo, si el fin de la institución es el avance cultural de la Humanidad mediante la protección de la creación del autor, y no la mera compensación por su esfuerzo y trabajo,<sup>235</sup> este fin debe ser el rasero que dé respuesta a la posible necesidad de protección de todo tipo de información. Extender la protección a "todo" podría vaciar de contenido a este derecho, y ,en gran medida, podría desincentivar la creación que exige del máximo sacrificio.<sup>236</sup> Además de romper el equilibrio de intereses públicos / privados, y secar la fuente informativa necesaria para nutrir la creatividad y el funcionamiento democrático. Jurídicamente, bien puede mantenerse intacta la vigente legislación o bien puede modificarse hasta abarcar a todos o casi todos los materiales que fluyan, pudiendo, incluso, dar a luz nuevos derechos, algunos de más baja intensidad de protección y contenido. En este caso, es posible mantener el régimen vigente o introducir modificaciones, que incluso podrían acompañarse de medidas técnicas posteriormente, y en relación con otros aspectos ligados. No olvidemos que ya existen mecanismos de software que podrían controlar y gestionar las obras con una exhaustividad impensable hasta el momento por parte del autor, aunque no invulnerable para los *hackers*. Es decir, la decisión legal puede tener factible apoyo técnico para su real aplicabilidad. Ahora, un posible pasar de casi nada a casi todo, en cuanto protección, puede ser peligroso y tener igualmente efectos negativos en la creatividad y en el flujo informativo. Aunque, a efectos de investigación científica, estemos separando cada uno de los elementos, no se puede eludir

---

<sup>234</sup> Por ejemplo, entre nosotros, STS num. 563/1995 (Sala de lo Civil), de 7 de Junio. Y véase: GORMAN, R.A., GINSBURG, J.C., *Copyright for Nineties.*, Virginia, 1993, p. 85 y ss.

<sup>235</sup> Ibid. p. 111. Sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano en el que sienta que el objeto del copyright no es compensar al autor por su sudor sino incentivar el progreso del conocimiento de la Humanidad. *Feist Publication, Inc. v. Rural Telephon Service*.

<sup>236</sup> Sin embargo, no hay que ignorar el medio en el que tal información se encuentra. Que si en sí misma puede no ser muy original, pero siempre "algo" por la impronta personal, por su exposición y flujo en Internet puede al entrar en conocimiento y "dialéctica" con otras informaciones y otros usuarios, provocar otras "creaciones" que si sean más significativas para el progreso cultural.

la íntima relación entre ellos, autores-titulares, el contenido del derecho y su control, el público o los límites al derecho de autor en aras al equilibrio de intereses, que más adelante se examinarán, y que podrán mostrar si tales mecanismos técnicos de control pueden desnaturalizar Internet.

Por otra parte, el propio "mercado Internet"<sup>237</sup> puede funcionar para separar el "trigo de la paja" sin necesidad de regulación o de una nueva regulación específica, en aras a distinguir y proteger "creaciones" respecto a otras que no parecen serlo, haciendo, incluso, una interpretación laxa de "originalidad". Quizá Internet lo posibilite, sin provocar desamparo a los creadores y sus frutos. En este aspecto, y poniendo el punto de mira en el fin de esta institución, se consigue el objetivo de manera más eficaz dejando a todos estos nuevos materiales correr libremente, como más libremente el resto de la creatividad<sup>238</sup>. Puesto que las características de funcionamiento de Internet, permiten interactuar todos con todo y en todas partes, posibilitando un potencial creativo a partir de distintos materiales, incluso de escasa importancia, persuade a afirmar que el fin de mayor creación científica, técnica y artística se consigue mediante el libre flujo informativo en Internet<sup>239</sup>.

Desde la legislación vigente, con susceptibles modificaciones puntuales, es posible, siguiendo el criterio interpretativo actual, una gradación de protección que va, desde un sentido estricto de originalidad en la red, hasta un sentido más

---

<sup>237</sup> Más adelante se tendrá en cuenta lo que algunos autores han entendido como una nueva economía de la información en Internet, que no requiera de la propiedad intelectual para compensar al autor. Entre otros: ERIC SCHLACHTER., "The Intellectual Property Renaissance in Cyberspace"..o.c. p.21.

ELKIN-KOREN, NIVA., "Copyright Policy and the Limits of Freedom of Contract"., *Symposium Digital Content: New Product and New Business Model. Berkeley Technology Law Journal*, 1997. Donde se sostiene que el régimen del copyright puede ser sustituido por la vía de la contratación privada.

MARTIN, C.D., REAGLE, J.M., "An alternative to Government Regulation and Censorship: Content Advisory Systems for the Internet", en *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*., 1997 Donde se propone un sistema de mecanismos de software que voluntariamente se incorporen a las tecnologías de la red, para identificar y gestionar la información que eviten la regulación y la censura estatal.

<sup>238</sup> Sin olvidar nunca que libre no significa gratis, con independencia de que pueda serlo.

<sup>239</sup> Para una aproximación que ayude a entender la nueva economía en Internet: Don Tapscott., *The Digital Economy*., NY, 1995. IAN BALLON., *E-Commerce and Internet Law*., Glasser Legal Works, 2001. ESCOBAR, MODESTO., *El Comercio Electrónico*., Madrid, 2000

flexible, que permite una protección muy amplia. En un extremo, es posible que queden al descubierto muchas creaciones y en el otro, es posible una superprotección a los "autores". De uno a otro es posible posiciones más moderadas, y en todo ese arco, contando con el apoyo técnico. Sólo si las medidas técnicas de seguridad no permiten las excepciones que la ley establece, o los mismos efectos que los límites, podríamos decir que la red podría sufrir una desnaturalización técnica, mayor cuanto más se impida el libre flujo informativo.

El Libro Verde de la CE, ni la posterior citada Directiva 29/2001, o El Libro Blanco de la Administración Clinton, ni la *Digital Millennium Act*, nada añaden nuevo, solo alguna reflexión pero no *in extenso* sobre esta cuestión; tampoco el último Tratado de la OMPI de Diciembre de 1996, en sus esfuerzos para adaptar la vigente legislación a estas nuevas tecnologías. Ni la legislación aprobada en USA, o en la Directiva de la Unión europea, al respecto. Cabe pensar, por su contexto, que se mantienen los criterios vigentes. Sobre todo, por cuanto el *WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION: COPYRIGHT TREATY* o tanto el *WORLD TRADE AGREEMENT* de 1994, repiten, ex profeso, lo que ya estaba sentado: el objeto de protección son las expresiones originales y no las ideas, hechos o conceptos, procedimientos o métodos.<sup>240</sup> Y originalidad que pasa por mínimos. "To be creative, there must only be a modicum of creativity. The level required is exceedingly low; even a slight amount will suffice".<sup>241</sup> Ello permite, desde la legislación vigente, todo un espectro de reflexión y posiciones, como el de arriba, con importantes consecuencias.

Sin embargo, no hay que olvidar que la creación y la autoría es la esencia de la institución en aras al progreso de la Humanidad. Y de la más adecuada comprensión de la misma conforme a las nuevas tecnologías en nuestros días dependen

---

<sup>240</sup> En WIPO Copyright Treaty: artículo 2 "Scope of Copyright Protection: copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures methods of operation or mathematical concepts as such". (OMPI).

Y en WITO Treaty: artículo 9.2., se repite literalmente lo mismo.

<sup>241</sup> El citado WITHE PAPER., p. 2 En el subepígrafe sobre "eligibility for protection".



derechos fundamentales: no sólo el derecho de autor y el derecho a la información,<sup>242</sup> por su estrecha interdependencia, imprescindibles en un Estado Democrático; sino otros derechos que también derivan de la buena salud de ambos: tanto algunos de los llamados derechos fundamentales como los derechos sociales y económicos. Algo "chirría" cuando el solo "envoltorio" expresivo de la "originalidad" no sirve en Internet para preservar, en cuanto incentivo económico, la creatividad de ideas, hechos, etc., que aunque, en sí mismos no gozan de protección en la legislación vigente, sí son parte importante del motor del progreso, ya que no todas se toman de la realidad tal cual, como se critica. En el régimen vigente, al incorporarse a una "forma original" protegida por el derecho, se consigue la compensación económica, aunque después queden en libertad. Ahora en la Red, parece que quedan al "descubierto" sin compensación ni protección alguna. Y parece necesario "recompensar" su creación o recolección de alguna manera, sin restar al interés público, puesto que sin ellos la red se vacía. La necesidad de proteger aún con "muy mínima" dosis de originalidad se confirma.

#### **3.1.2.2. La Fijación**

---

Aunque el Convenio de Berna deja libertad a los Estados respecto a la exigencia del requisito de la fijación de la creación en un soporte material estable, las legislaciones, explícita o implícitamente, así lo establecen para que puedan ser objeto de protección legal. La aplicación del régimen vigente sin modificación alguna dejaría sin protección a todas las obras, de todo tipo, sean "creativas" o no originales, que fluyeran por la red. De ahí que haya habido las oportunas modificaciones, tanto en USA como en Europa. Teniendo en cuenta que toda la información, palabra, imagen o sonido, se convierten

---

<sup>242</sup> Si se seca la fuente creativa, se seca la información y el flujo informativo necesario en un Estado Democrático. Información que es básica para dar vida al principio de legitimidad democrática, y no sólo satisface el derecho subjetivo a la información sino la vertiente institucional de la opinión pública. Todo ello siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, en línea con la jurisprudencia de otros Tribunales Constitucionales, en Europa o Norteamericano.

en bits de información, es decir, en ceros y unos, conforme al sistema binario digital, y que no encuentran una fijación material estable, puesto que la memoria RAM es volátil, difícilmente es posible aplicar la legislación vigente, cuando la comunicación es on-line<sup>243</sup>. La tendencia es, tanto a niveles nacionales como internacionales<sup>244</sup>, considerar como fijada la información en estos nuevos soportes digitales, mediante una interpretación extensiva o simplemente incluyéndolo en la regulación existente. La simple modificación, incluyendo un nuevo soporte, o la interpretación extensiva del precepto existente a los soportes digitales nuevos, parecen solucionar el escollo que en un primer momento parecía muy grave, como demuestra alguna jurisprudencia norteamericana<sup>245</sup>, y las reflexiones de los respectivos estudios citados, en Europa y USA. El WHITE PAPER norteamericano explica cómo una transmisión en sí misma no es una fijación, al menos que la obra esté siendo fijada al mismo tiempo, sea en el disco duro, en diskettes, CD, papel, o cualquiera que sea el soporte material. Solución ya adoptada para la transmisiones de radiotelevisión "The copyright

---

<sup>243</sup> Cuestión distinta es la regulación que establece la Directiva del Comercio electrónico de los servicios de la sociedad de la información "que cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea; dichas actividades en particular consisten en la venta de mercancías en línea .....(considerando 18)" Objeto de transacción en el mercado electrónico pueden ser las informaciones y obras de creación. De ahí la estrecha relación que guardan las dos Directivas, y la expresa determinación de que el calendario de ambas sean paralelos. No es objeto de la Directiva de Comercio electrónico la cuestión de la fijación en soporte material de las obras sobre las que recaen los derechos. Cuestión que tampoco se plantea en la Directiva 2001/29, pues se asume implícitamente el soporte o incluso su no necesidad. Ahora bien, la consecuencia del control de los servicios prestados "on-line" está omnipresente en la Directiva, de ahí las disposiciones dirigidas al efecto, y que se establecen o fuera de la red, en el mundo real, (arts. 3,5,10) o en el soporte material que es la copia del contrato, entre otros. Y es que para que "en línea" la comunicación sea fluida y rápida, requiere de la colaboración de los controles fuera de la red, y en el origen, en el llamado "mundo real" y material.

<sup>244</sup> Caso de USA o de la OMPI. En España así se está interpretando, al no existir expresamente la exigencia de l a fijación material estable y al interpretar extensivamente éste como un nuevo soporte de los posibles a inventar en el futuro.

<sup>245</sup> Así en la cita 67 del Informe, WHITE PAPER: "Advanced Computer services of Michigam Inc. v. MAI systems corp., 845 F. Supp. 356, 363 (E.D. Va. 1994) donde se pone de manifiesto el carácter efímero y evanescente de la memoria RAM, que desaparece el trabajo si es apagado el Ordenador o en funcionamiento su duración demasiado efímera. Pero a esto se añade otro importante caso que resulta un importante avance en la solución de la fijación: Trial Systems Corp. v. Southeastern Express Co., 1994 U.S. Dist. LEXIS 5390 at 15-19 (N.D. Cal. March 18, 1994) "copyright law is not so much concerned with the temporal duration of a copy as it is with what that copy does, and what it is capable of doing, while it exists. Transitory duration is a relative term that must be interpreted and applied in context".

De esta manera se salva el escollo, y se entiende "fijada" la información, puesto que la "duración transitoria" es un término relativo que debe ser interpretado y aplicado en su contexto, teniendo en cuenta que el copyright está más preocupado con lo que la copia puede hacer que con la duración misma de la copia.

Act provides that a work"consisting of sounds, images, or both, that are being transmitted"meets the fixation requirement "if a fixation of the work is being made simultaneously with its transmission"<sup>246</sup> Naturalmente, ningún problema presenta si existe copia previa o simultánea en cualquier soporte, porque contamos, al menos, con alguna fijación. Luego el problema radica en la transmisión "on-line", por la memoria RAM, y a tiempo real sin copia; así, por ejemplo, en el e-mail, y la cuestión se quiere superar asumiendo la fijación por las razones explicadas en notas. "Works are not sufficiently fixed if they are purely evanescent or transient in nature, such as those projected briefly on a screen, shown electronically on a television or cathode ray tube, or captured momentarily in the memory of a computer. Electronic network transmissions from one computer to another, such as e-mail, may only reside on each computer in RAM (random access memory), but that has been found to be sufficient fixation."<sup>247</sup> De manera que más importante que la duración de la copia es lo que se puede hacer con ella en el espacio cibernético digital. Efectivamente, la inmaterialidad unida a la velocidad y capacidad de transmisión de la información sin consideración de espacio y tiempo, dejan las variables tradicionales sin sentido. Esto podría ser el fundamento posterior para tratar como "copia" lo que sólo es "acceso".

La exigencia del requisito de la fijación material puede salvarse fácilmente de la manera vista; sin embargo, los problemas que genera la falta real de fijación física, respecto a un derecho surgido y desarrollado a partir de la fijación física, es decir, ideado en un mundo físico, pueden dejar sin sentido al propio derecho o a Internet, a fuerza de medidas

---

<sup>246</sup> En *Baltimore Orioles, Inc. v. Major League Baseball Players Assoc.*, 805 F. 2d 663 (7<sup>th</sup> Cir.1986) se dice que si las transmisiones de televisión son grabadas en vídeo a la misma vez, se cumple el requisito de la fijación estable. Igualmente en *National Football League v. McBee&Bruno's, Inc.*, 792 F.2d 726, 731-32 (8<sup>th</sup> Cir.1986), respecto a las transmisiones en directo de los partidos de fútbol.

Cita tomada cual se reproduce en la cita número 64 del Withe Paper.

<sup>247</sup> Ibid. p. 3. Y en la nota 67 que se cita en esa misma página: "Copyright Law is not so much concerned with the temporal "duration" of the copy as it is with what that copy does, and what it is capable of doing, while it exists. "Transitory duration" is a relative term that must be interpreted and applied in context".

técnico jurídicas que lo desnaturalicen<sup>248</sup> Efectivamente, el origen y desarrollo de la llamada propiedad intelectual, desde el punto de vista legal, tiene su punto de arranque, sobre todo económico, con la invención de la imprenta: se posibilita la fijación de la creación en un soporte-papel- y su reproducción masiva pero controlable, al someterse a las dimensiones de tiempo y espacio, tradicionalmente concebidas. Históricamente, es posible comprobar que, a medida que el soporte va "desmaterializándose" y la reproducción siendo más masiva pero más libre e incontrolable, por los nuevos medios de comunicación y reproducción, la institución va perdiendo su eficacia. Igualmente puede comprobarse como es el soporte material, masiva e industrialmente reproducido, el que ha permitido el tratamiento de la información como mercancía en el mercado y su comercialización<sup>249</sup>. Y ello soportado "ideológica" y jurídicamente mediante la separación ideas /expresión original desde la institución del Derecho de Autor. En la Antigüedad la casi imposible separación entre idea-expresión y soporte-creación, impide que se mercantilice la información<sup>250</sup>.

*Prima facie*, es fácil y simple la solución de esta cuestión, al considerarse que estamos ante un nuevo soporte. Aunque el Informe Norteamericano bien dice que la cuestión no está clara<sup>251</sup>. Sin embargo, "esta ficción" es causa de otros más graves problemas esenciales para el derecho de autor: da al traste con el contenido del derecho, tal y como lo venimos concibiendo. La información es tan volátil y etérea en Internet,

---

<sup>248</sup> LESSIG, L., o.c. Quien afirma "the digital world is closer to ideas than things, but still it is not quite there. It is not quite true that the stuff in cyberspace is perfectly nonrivalrous in the sense that ideas are. Capacity is a constraint; bandwidth is not unlimited. But these are tiny flaws that cannot justify jumping from largely free to the perfectly controlled", p. 116. Así es, el mundo digital más cerca del mundo de las ideas, en su naturaleza, que al mundo de las cosas materiales, no es tan ilimitado e "infinito" en el sentido en que las ideas son. Internet tiene límites, hoy por hoy, como el ancho de banda, pero no es razón suficiente como para saltar del extremo todo libre al todo controlado.

<sup>249</sup> Véanse los ya citados: BUGBEE, BRUCE.W., *Genesis of American Patent and Copyright Law.*, o.c., BOYLE, JAMES., SHAMAS, *Software and Spleens.*, o.c., cap. 3 y 4. LITMAN, JESSICA., "Revising Copyright Law for the Information Age", *Symposium: Innovation and the Information Environment. Oregon Law Review*, Spring 1996

<sup>250</sup> En cualquier caso, la escasez de ejemplares hace que tenga más importancia la propiedad del soporte o ejemplar manuscrito que el derecho sobre el mensaje contenido en él.

<sup>251</sup> Ibid. p. 3 (Withe Paper) "where no copy or phonorecord has been made prior to the transmission, may not be so clear".

que sólo a costa de poner barreras en la red sería posible el control<sup>252</sup>.

### **3.1.2.3 . Hechos e Ideas.**

---

Mucho del material informativo que fluye por la red son meramente hechos o ideas, estas cuando son expresadas sin apenas alguna originalidad, y que sabemos quedan fuera del campo de protección. Aquí es donde debemos encuadrar la mayor parte de la información generada en la red por el "comercio electrónico", por ejemplo, o por la nueva economía mundial a la que puede dar vida. Parece lógico que no se pretenda sean objeto del derecho de autor. Y por ello, de manera presta y urgente tanto WTO como WIPO en sus respectivos Tratados no han querido omitir lo que ya se sabía: ni los hechos, ni las ideas, ni los métodos o procedimientos son objeto de protección intelectual.<sup>253</sup> Y, por tanto, en el comercio electrónico, pueden utilizarse libremente, a merced de los agentes. Nada dice al respecto la Directiva del comercio electrónico por lo que hay que remitirse a la Directiva del derecho de autor en la Sociedad de la Información.

Sin embargo, las ideas o los hechos expresados toman una "forma", que justamente es la protegida por la institución. Forma que por la "impronta personal" de cada uno, le conferirán dosis, aunque mínimas, de "originalidad", que fijada en un soporte, y se entiende que sí lo está, puede ser objeto de protección intelectual. Tal secuencia lógica, conforme al Derecho vigente, parece apuntar a la posibilidad de incluir la protección de dichos materiales. Además, puede argüirse que es el fruto del trabajo de alguien, trabajo que merece respeto. Aunque la jurisprudencia norteamericana ha dejado claro que no es el "*sweat of the brow or industrial collection theory*" lo que

---

<sup>252</sup> REEVES, HAROLD SMITH., "Property in Cyberspace", *University of Chicago Law Review*. Spring, 1996. Un buen artículo para penetrar en el estudio de las fronteras o barreras electrónicas en la Red, los distintos niveles y su efectividad.

<sup>253</sup> Tratados ya citados. Artículos 9.2 y 2, respectivamente y ya transcritos en notas, más arriba.

se protege,<sup>254</sup> sin embargo, aceptadas "unas dosis mínimas de originalidad" nos lleva de nuevo a la afirmación de que "todo" es protegible, rompiendo el equilibrio de intereses públicos / privados. Igualmente, al proteger excesivamente una parte en detrimento de otra, la falta de libre información podría entorpecer el desarrollo creativo. De nuevo hay que afirmar como principio general el fin pretendido por la llamada propiedad intelectual: el progreso de la ciencia, artes y letras (y para ello la protección y compensación al autor). Y, creo yo, que mejor se consigue en este caso dejando tales materiales, en principio poco o casi nada creativos, libres para potenciar, con su conocimiento, la creación y el desarrollo por otros. Conocimiento, claro está, siempre a salvo de otros derechos que puedan concurrir, como el derecho a la privacidad o confidencialidad de las relaciones comerciales, o algún tipo de secreto legalmente protegido, por citar alguno. El uso de la criptografía o mensajes cifrados al servicio de estos derechos parece ser la solución técnica más generalizada. Sin embargo, plantea, a su vez, problemas legales muy serios, especialmente respecto al ejercicio de los derechos de libertad frente al Estado, cuya victoria es fruto de una penosa batalla histórica, que puede derrumbarse en el ciberespacio.<sup>255</sup>

En iguales términos cabe razonar respecto a las ideas, que aunque expresadas con mínima originalidad, pueden gozar de protección desde que se encuentren "fijadas" en el ciberespacio.

---

<sup>254</sup> El Tribunal Supremo Norteamericano ha desechado tal doctrina. Véase en Feist Publication, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340, 349-50 (1991). La sola recolección de hechos, extraídos de lo que es dominio público, sin dosis de originalidad en la conjunción, y en recompensa del trabajo invertido no es el fin de la propiedad intelectual.

<sup>255</sup> En España la Ley General de Telecomunicaciones en el art. 52 regula "Cifrado en las redes y servicios de telecomunicaciones". Y en el apartado 2 se establece: "El cifrado es un instrumento de seguridad de la información. Entre sus condiciones de uso, cuando se utilice para proteger la confidencialidad de la información, se podrá imponer la obligación de notificar bien a un órgano de la Administración General del Estado o aun organismo público, los algoritmos o cualquier procedimiento de cifrado utilizado, a efectos de su control de acuerdo con la normativa vigente..."

En U.S.A. la Encriptación es objeto de estricto tratamiento y control por parte de la Administración, tanto para su uso, comercialización y exportación. Sobre la misma, véase: ALLARD, NICHOLAS W., KASS, DAVID A., "Law and Order in Cyberspace: Washington Report" *Ninth Annual Computer Law Symposium. Hastings Communications and Entertainment Law Journal (COMM/ENT)* Spring, 1997. P.571 y ss.

En la publicación Guide to Computer Law., núm. 201 Julio 1998. ( En números posteriores puede verse los cambios puntuales de los últimos años. <http://www.cch.com> Y para una actualización permanente del el tema:

<http://www.bxa.doc.gov/Encryption/Default.htm>

Y también, sobre la legislación que afecta en general a Internet: <http://gigalaw.com>

Podría replicarse que esto siempre es así en los medios tradicionales, puesto que son ideas o hechos que se encuentran en las obras, con independencia de su expresión que no es susceptible de utilización libre. Sin embargo, vuelven a ser las exclusivas características de Internet y el mundo de usos que provoca lo que sitúa la problemática en un plano distinto: En un mundo que se relaciona "virtualmente" por Internet, todo pasa por escrito, *on -line*, con mayor o menor fortuna en su expresión, lo que antes podían ser meras conversaciones orales, por el medio que fuera, pero sin fijación. Ahora se puede argüir tanto la posibilidad de su protección por la expresión como por el valor de su conocimiento, así en el comercio electrónico, y reclamar medidas técnicas para su protección, como la criptografía. Dejando, sobre todo por razones comerciales, económicas o de privacidad, fuera del dominio público de Internet, lo que aquí podría redundar en un potencial manantial creativo, muy útil para todos. La potenciación de la creatividad de ideas , hechos, conceptos....no se puede perder de vista, de una manera u otra.

Es decir, si en un extremo los creadores o generadores de éstos "materiales" pueden reclamar protección y derechos, extrayéndoles del libre flujo; en otro, no menos peligroso, los agentes económicos pueden, por razones de seguridad, impedir su libre desenvolvimiento y conocimiento, sin perjuicio de los secretos comerciales o de otro tipo, mediante medidas técnicas como la criptología. De manera que, lo que antes se podía ver u oír en la cotidianidad, sea laboral o profesional o en las relaciones comerciales o vitales en general, ahora se "enquista" en una sorda "privacidad", propiciada, esencialmente, por la criptología o por el propio funcionamiento del medio. Ese aislamiento del individuo puede tener no pocas consecuencias sociales y políticas, denunciadas entre otros por <sup>256</sup>.... Me refiero, por ejemplo a emisiones de televisión, radio, y no solo públicas, el hojear de periódicos o libros, a las relaciones en sociedad de las personas,. etc., desde donde el conocimiento de

---

<sup>256</sup> SHAPIRO , ANDREW L., *The control Revolution: How the Internet is putting individuals in charge and changing the world we know.*, New York, 1999

hechos e ideas nutren la "inspiración" de todos. Luego si las relaciones sociales pasan por un mundo digital, habrá que poner a buen recaudo lo que debe ser de todos: sin superprotección a los generadores de información pero, tampoco, en nombre de la libertad de hechos e ideas, conceptos, etc.... un uso individualista que impida un mundo en común de mutuo conocimiento, y que no sea a golpe de tarjeta de crédito. Si a eso se añade, la poca sensibilidad de los mecanismos técnicos de acceso y gestión de derechos de autor, se puede concluir diciendo que el futuro puede traer una sequía de información libre<sup>257</sup>, en detrimento del público y del progreso, que no sólo pervierte la primigenia naturaleza de Internet sino que puede tener consecuencias en el sistema democrático y en los derechos fundamentales que lo sustentan.

De nuevo abogo por la máxima libertad del flujo informativo en Internet<sup>258</sup>, en aras al fin último de la justicia del derecho de autor. Y sin olvidar que la creatividad tanto de la expresión como del contenido es "cara" y hay que asegurarla de alguna manera en la Red.

### **3.1.3. Derechos Fundamentales que se Fortalecen o se Resienten.**

---

La falta de protección de las creaciones puede desamparar a los autores y "generadores" de información . La inmediata consecuencia podría ser el debilitamiento del mismo derecho de autor y, por ende, del derecho a la información, que requiere de la fuente creativa para que no se seque el flujo libre de la información, el cual tiene sus consiguientes efectos en otros

---

<sup>257</sup> VAN VALKENBURG, WALTER., "The First Amendment in Cyberspace" *Oregon Law Review*, Spring, 1996

WEITZNER, DANIEL J., "Abundance and User Control: Renewing The Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media"., *Yale Law Journal*, 1995. Donde se replantea la importancia de la libertad de información y expresión para el pluralismo democrático en el contexto de las nuevas tecnologías.

<sup>258</sup> Abogando por la máxima libertad informativa en la red: "New York Act Regulating Internet Speech Held Unconstitutional"., *Internet Regulation*. Computer Lawyer, July, 1997 Donde el Tribunal Supremo americano declara inconstitucional una ley de carácter económico que pretendía limitar la libertad de expresión en la red.

LLOYD, F W., "High Court Affords Internet Broad 1<sup>ST</sup> Amendment Protection" en *Cable T.V and the New Media Law and Finance*. July, 1997



derechos fundamentales y en la misma democracia. La trascendencia del derecho a la información en el conjunto de los derechos es indudable, tanto desde el punto de vista histórico como en su regulación actual. Esta importancia se manifiesta en el reconocimiento constitucional de este derecho en los países de nuestra cultura jurídica, influidos por las Declaraciones Internacionales, y en las jurisprudencias nacionales e internacionales, principalmente, entre nosotros, la del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos<sup>259</sup>. En coherencia con lo anterior, el Tribunal Constitucional español ha sido claro al respecto del derecho a la información desde el primer momento pues "garantiza el mantenimiento de una comunicación pública , sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política, sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos....." (S.T.C. 6/1981, F.J. 3º).

El concepto de "Información" que aquí se está manejando, como ya se ha dicho, es mucho más amplio que el que se infiere de la doctrina del Tribunal Constitucional. Pero está incluido en él y se requiere la creación para la obtención de todo tipo de informaciones, aunque unas tengan mayor trascendencia sobre el principio democrático y los derechos humanos que otras. Por ello tanto la postura extrema, por un lado, de absoluta libertad de la creación o información en la Red, como, por otro, de absoluta protección a través de mecanismos técnicos y / o jurídicos, tienen resultados similares de hacer resentir la buena salud de derechos como el de participación, voto, trabajo, salud, educación...Y, en última instancia, afectaría al derecho a la cultura de las personas. En realidad, la importancia de la información irradia, en mayor o menor intensidad, a todos los

---

<sup>259</sup> Un estudio al respecto: BONET, JORDI., *El Derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos.*, PPU. Barcelona, 1999.

derechos, tanto fundamentales como sociales o económicos. De ahí que la problemática que se aborda tenga una trascendencia constitucional muy importante, y que el enfoque no sea una forzada cuestión académica. Ahora bien, no se ignora que las diferentes posiciones doctrinales respecto a la Estado Democrático y Social, así como respecto a los derechos humanos<sup>260</sup>, y las distintas teorías interpretativas de la Constitución<sup>261</sup>, juegan un papel decisivo para determinar la posición política del legislador o la posición jurídica del que ejecuta o interpreta la norma en relación a Internet. Desde un enfoque liberal de los "derechos de libertad" hasta un enfoque social de los "derechos institucionales" existe toda una gama de posibilidades. Ahora bien, basta el sentido común jurídico para afirmar que siempre ha de haber armonización entre los distintos derechos humanos y entre los derechos de las distintas personas, pues todas las personas tienen derecho a todos los derechos humanos.

Desde una perspectiva institucional, la cuestión que se suscita no es tanto la eficacia de los derechos fundamentales frente al Estado, sino su eficacia frente o entre los particulares<sup>262</sup>. Cuestión muy interesante si pensamos que el papel de los Estados en la red está todavía poco definido pero que el protagonismo de los particulares es un hecho. Aunque tampoco debe llevar a afirmar que estemos ante derechos de prestación<sup>263</sup>. En esta línea, afirma Enrique Alonso que, uno de los puntos donde podrían reflejarse clarísimamente las diferencias entre los derechos fundamentales y el resto de los preceptos constitucionales (especialmente el Capítulo III) es si los primeros obligan automáticamente, cuando su naturaleza lo exija, a la regulación o establecimiento de servicios y la burocracia administrativa que ello conlleva<sup>264</sup>. Y respecto a los derechos fundamentales pueden contraponerse los derechos

---

<sup>260</sup> ARAGÓN REYES, M., "Constitución y derechos fundamentales" en *Quaderns de Treball, Centro D'Estudis de Drets Humans*, Universidad de Barcelona, 1994. Pp.4

<sup>261</sup> ALONSO GARCÍA, ENRIQUE., *La Interpretación de la Constitución.*, Madrid, 1984

<sup>262</sup> GARCÍA TORRES, J.M Y JIMENEZ BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares.*, Madrid, 1986, p. 13

<sup>263</sup> SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J., "Acerca de la Doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de Expresión" en *R.D.P.*, num 77, Madrid, 1992, p. 240

<sup>264</sup> ALONSO GARCÍA, E., o.c. p.357

institucionales y que es "otro de los campos donde tiene visos de operar un contrapeso directo de valores constitucionales es aquél en donde la CE consagra a la vez derechos institucionales y derechos de las personas que trabajan en la institución"<sup>265</sup>. En este sentido valores públicos y valores privados deben equilibrarse en la Red, y por supuesto, como se ha dicho, armonizarse los derechos de humanos de todos y cada uno. De manera que conductas privadas, o el ejercicio individual de los derechos, pueden encontrar límites cuando tengan una trascendencia pública en la Red que merme los derechos de los demás.

Así, la exclusión de disponibilidad pública de materiales libres, en principio, no incluidos en el objeto de protección - como hechos, ideas, - en el ámbito del comercio electrónico, por razones de seguridad, privacidad, económicas o de funcionamiento comercial de la red, e incluso en ejercicio de la libre expresión, puede vaciar más el libre flujo informativo, en detrimento de los intereses públicos de la sociedad y privados de los autores, que quedan vedados de una importante fuente de "inspiración ", podría ser una conducta reprochable. Habría que recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español<sup>266</sup>, conforme a la cual el derecho a la información puede primar sobre el derecho a la vida privada si ésta tiene trascendencia pública. Aunque el derecho fundamental a la vida privada puede verse fortalecido en la Red, e incluso constituirse en garante de otros derechos como el derecho a la información<sup>267</sup>, también pudiera ser que en algunos aspectos/

---

<sup>265</sup> Ibid. p. 429

<sup>266</sup> Tal principio de prevalencia fue establecido en las Sentencias del TC 159/1986, 107/1988 y 121/1989. Un estudio al respecto: VEGÜE CARIÓN, G., BJC., num 68, pp. 68 á 1447; DÍAZ EMIL, BJC num. 86, pp.921; RODRIGUEZ PIÑERO, M., BJC., num. 99, p. 118.

La importancia del derecho a la información ha sido reiterada por el TC en este sentido: " garantiza el mantenimiento de comunicación pública, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidos a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es base de toda nuestra Ordenación jurídico-política...sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todo los ciudadanos". (STC 6/81 FJ-3º).

<sup>267</sup> FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, CARMEN., FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, ALFONSO., Sistema Electoral, Partidos Políticos y Parlamento:, Madrid, 2003, p.25 Y por la importancia de la intimidad y la privacidad en la comunicaciones electrónicas: Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de Julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. Y también por el carácter privado y resistente a intervenciones de las redes (P2P) en: <http://www.salon.com/tech/feature/2003/02/01/file-trading-manifiesto/?x> donde se ofrece una perspectiva sobre por qué es imposible parar estas "file sharing technology" por aquellos que ven perjudicados sus negocios. Y sobre los "casos" que se están produciendo al respecto: <http://www.eff.org/IP/P2P/music-to-our-ears.php>.

menoscabara a otros derechos fundamentales como el mismo derecho a la información o el derecho de autor. En este contexto, además, otros derechos como el derecho de asociación puede adquirir un corte diferente, así como los derechos de los consumidores, cuyo ejercicio puede sufrir claroscuros por la primacía del derecho a la privacidad, que, bien auspiciada por la criptología, no deja ver al consumidor el "producto" en su integridad que antes "tocaba" con sus manos antes de comprar. Por ejemplo, un libro. ¿Qué ocurre si el consumidor quiere cambiar el libro, pero ya lo ha "tenido" y siempre puede caber que haya efectuado una posible copia? ¿Qué razones serían válidas para el cambio del producto? En la Directiva del Comercio electrónico subyace a lo largo de su articulado la protección del consumidor. Ahora bien, existen supuestos a los que la misma no puede descender, pues el Derecho no es un instrumento tan "fino", y no puede llegar a determinados puntos, de ahí que la propia Directiva haga una llamada a la Deontología profesional en el artículo 16.

A pesar de la "desmaterialización" de la obra, si se acepta la ficción de un soporte, se puede "salvar" el derecho de autor en su concepción jurídica vigente y fortalecer sus facultades exclusivas, si se aplican mecanismos técnicos en la defensa y explotación del derecho; sin embargo, el perjuicio en los derechos de acceso a la información del público puede ser grave, puesto que las excepciones a la exclusividad del autor parecen de difícil mantenimiento con la aplicaciones de seguridad, y provoca una desnaturalización técnica del medio. La vocación de libre información compartida sin independencia de tiempo y espacio de la red<sup>268</sup>, podrían convertir a este tipo de medidas en contrarias a la misma Constitución<sup>269</sup>: que manda que el derecho

---

<sup>268</sup> TURNER, WILLIAM B., "The First Amendment and The Internet" en *Fist Annual Internet Law Institute. Practising Law Institute.*, June, 1997 El autor señala como también la información en Internet es "vino viejo en una nueva botella" y relama un trato jurídico diferenciado. MILLS, JOHN G., "Entertainment on the Internet: First Amendment and Copyright Issues", *Journal of the Patent and Trademark Office Society.*, July, 1997

<sup>269</sup> Porque podrían ser contrarios a la interpretación que el Tribunal Constitucional español ha hecho. Véase una muestra importante de estos pronunciamientos al respecto en: RUBIO LLORENTE, F., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*, Madrid, 1995, p. Y en los que se repite el argumento: "...los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10 de la C.E., el <fundamento del orden jurídico y de la paz social>. De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por Estado" (STC. 53/1985).

de autor tenga como fin el progreso de la Humanidad<sup>270</sup> (para ello se paga y protege al autor) ,y, con estas medidas jurídico-técnicas, se podría entrar en contradicción a su propio fin. Derechos dependientes de la información y prestaciones que puede proporcionar libremente Internet para todos, en aras a la salud, trabajo, cultura, etc, se pueden ver frustradas por un uso mercantilista supremo que se haga del ciberespacio.

Asumir, sin embargo, la "espiritualización de la obra" y su afán de libertad en la red, puede igualmente significar el debilitamiento del derecho de autor y sus facultades exclusivas patrimoniales, en su concepción actual, y requeriría aceptar otras vías de compensación económica, que bien pueden venir de la propia dinámica del mundo y mercado virtual nuevo, que puede estar ya demostrando que Internet reclama otra "visión" del derecho de autor. Nueva visión que quizá retorne al concepto originario del derecho de autor en el Clasicismo.

### 3.2 Sujetos Protegidos: Autor / Público

---

La variedad creativa y la diversa generación de información y "productos" informativos descritos tienen un origen personal, físico y, en su caso, por la titularidad y responsabilidad, jurídico. La clara delimitación que el autor y su creación permitía dibujar entre los contornos de información privada e información pública, en el Estado Liberal, se ha difuminado, como ya se ha explicado en páginas anteriores. Lo público / privado, en todos los sentidos manejables en el Derecho de

---

<sup>270</sup> Este fin queda patente en la Jurisprudencia norteamericana, véase para un estudio de la diversa y más importante jurisprudencia del TS americano en: CHISUN DONALD S., JACOBS, MICHAEL A., *Understanding Intellectual Property*, USA, 1992. La famosa teoría "sweat of the brow" (del sudor de la frente) quedó desplazada en el emblemático caso: Feist Publication, Inc v. Rural Telephone Service Company, Inc., 111 S. Ct. 1282, 18 USPQ. 2d 1275 (1991) . En esta famosa sentencia, donde se entroniza la "originalidad" como requisito clave para la protección mediante copyright, se establece claramente en palabras de la Juez O'Connor: "...

Igualmente en el caso: American Geophysical Union v. Texaco, Inc. 802 F. Supp. 1 (S.D.N.Y 1992)

Y como explícitamente se recoge en: *Copyright for Nineties . Cases and Materials*. " As reflected in the Constitution , the ultimate purpose of copyright legislation is to foster the growth of learning and culture for the public welfare, and the grant of exclusive rights to authors for a limited time is a means t that end. A fuller statement of these principles was contained in the legislative report (H. Rep. No.2222, 60<sup>th</sup> Cong. 2d Sess) on the Copyright Act of 1909". Virginia, 1993 , p. 15

autor, carecen en la actualidad de líneas precisas, tienen contornos intercambiables, como se ha dicho aquí. Parece que hay en "concurso" diversidad de "generadores" que dan lugar a la topografía creativa señalada. Y entre los cuales, uno de los sujetos, sería el autor en su concepción tradicional, en tanto se pueda seguir aceptando su papel. Una aplicación estricta del régimen vigente, sin modificación alguna, dejaría fuera no sólo a más de un sujeto creador, en mayor o menor medida creativo, sino también a aquellos que con sus operaciones técnicas, industriales o comerciales, posibilitan la puesta a disposición al público de la información. Y ello es bueno porque, o no están contemplados en la legislación por su novedad o bien porque, al decaer su participación en el ciberespacio, la legislación caería en desuso por innecesaria. Se verá, como los recientes Tratados Internacionales, que pretenden adaptar el derecho a las nuevas tecnologías, así como las más recientes legislaciones en este mismo sentido- Ley USA y las Directivas U.E.- mantienen la figura del autor tal cual, retocando algunas de sus facultades para su aplicación a la nueva realidad; o, en la reciente legislación, se incorporan nuevos sujetos, que son clave en la función de transmisión técnica y en la posible imputación de responsabilidad jurídica: me refiero a los proveedores de servicio. La Directiva comunitaria los refiere como "intermediarios", y su regulación más específica en materia de responsabilidad hay que encontrarla en la Directiva del Comercio Electrónico<sup>271</sup>.

La nueva norma comunitaria de derechos de autor en el mercado digital, sin embargo, no obvia los sectores tradicionales, siempre desde el punto de vista económico: "para que los autores y los interpretes puedan continuar su labor creativa y artística, deben recibir una compensación adecuada por el uso de su obra, al igual que los productores, para poder financiar dicha creación. La inversión necesaria para elaborar productos tales como fonogramas, películas o productos multimedia, y servicios tales como los servicios "a la carta",

---

<sup>271</sup>Véanse en este sentido: De MIGUEL ASENSIO, P.A. *Derecho Privado en Internet.*, Madrid, 2000  
ESCOBAR, MODESTO., *El Comercio electrónico.*, Madrid, 2000

es considerable. Es indispensable una protección jurídica adecuada de los derechos de propiedad intelectual para garantizar la disponibilidad de tal compensación y ofrecer la oportunidad de obtener un rendimiento satisfactorio de tal inversión" (considerando 10). Al fin y al cabo, la norma trata de imponer el régimen vigente, ayudándose de las medidas técnicas de seguridad, en las que proyecta una fe inmensa, no siempre, hoy por hoy, inspirada en la realidad.

Pero la contradicción información finita privada e infinita pública en la que mediaba la figura del autor, se resuelve ahora (al menos hasta que no se le amordace) por efectos de la técnica a favor de información pública infinita que permite su consumo sin límites, y que nutre en abundancia los derechos del público. Pero los autores pueden sentirse desincentivados por impotencia de una efectiva explotación de su creación (tan cara y finita) y desabastecer el "mercado de las ideas". Aunque, por supuesto, puede pensarse que la propia dinámica del mercado Internet repercutirá en su compensación<sup>272</sup>, siempre y cuando ciertos controles técnicos y jurídicos funcionen. Naturalmente esto "afecta" a los presupuestos del Estado democrático liberal. En una concepción puramente liberal, en palabras de Villaverde "de modo alguno pueden suponer modificación o limitación de las libertades activas de emisor de mensajes y, menos aún, en función de fines políticos, pues son éstas las que se muestran como condición de la democracia y de la garantía del receptor. El ejercicio de la libertad de expresión o de la libertad de información en su faceta activa de informar tienen como consecuencia una pluralidad de mensajes en constante intercambio, un mercado de las ideas en libre discusión"<sup>273</sup> Consecuencias jurídicas, políticas y sociales, y por supuesto en los derechos fundamentales, se irán dejando sentir.

---

<sup>272</sup> En realidad no hay que rasgarse las vestiduras, pues sólo hay que pensar en el "mercado de la televisión" tradicional. Por supuesto que sus producciones, creaciones, informaciones, grabaciones son objeto de derechos de autor y derechos afines. El público que accede a ellos no paga directamente a los autores y titulares de los mismos. Es a través de la publicidad y el consumo posterior de la sociedad en el mercado lo que proporciona los recursos que compensan económicamente la explotación de los derechos intelectuales.

<sup>273</sup> VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *El Estado democrático e Información: el derecho a ser informado.*, Oviedo, 1994. P.76

### 3.2.1. Sujetos que Pueden Invocar Automáticamente la Protección Jurídica Vigente

---

*World Intellectual Property Organization: Copyright Treaty*, ya citado, y adoptado para encarar las nuevas tecnologías del nuevo milenio, es el Tratado del que hay que partir, al tratarse de unas modificaciones del Convenio de Berna, que sabemos pasa por tener la más importante "*vis directiva*" de la materia a nivel mundial. Y no en balde la nueva legislación en Europa y USA en este mismo sentido es sólo una manera de implementar el nuevo Tratado de modificación. Nada específico dice respecto a los sujetos implicados en el proceso de creación en los nuevos medios. Se extrae del contexto la tradicional<sup>274</sup> concepción de autor al que se le reconocen nuevas posibilidades, como en el derecho de alquiler, incluyendo los autores de programas de ordenador, o al ampliar el derecho a la comunicación pública o reconociendo su derecho a la utilización de mecanismos técnicos de protección y gestión de sus derechos, así como su protección efectiva. Desde este plano supranacional nada obsta a los autores y titulares de derechos invocar protección jurídica, ni nada tampoco a que los Estados puedan incluir, dentro del marco, otros específicos sujetos. Las Directivas europeas, tanto la de derechos de autor en la sociedad de la información, art.8, como, y especialmente, la del Comercio electrónico, añaden y regulan a los "prestadores de servicios"<sup>275276</sup>. En ésta última, el ámbito coordinado se refiere a los requisitos que debe cumplir el prestador de servicios en relación al inicio y el ejercicio de la actividad en línea (art.2). Los fabricantes de mecanismos de protección están presentes en el art. 6 de la Directiva de derechos de autor, 2001/29. Previamente, la *Digital Millennium*

---

<sup>274</sup> LEMLEY, MARK A., "Romantic Authorship and the Rhetoric of Property", Literature Reviews & Analyses., en *Texas Law Review*, March, 1997

<sup>275</sup> STEPHENS, KEITH., SUMNER, J.P., "Internet Service Provider's Liability for Copyright Infringement over the Internet", *Computer Lawyer*, 1997. MORRIL M.C., and EATON S.E., "Protecting Copyrights on-line: Copyright Liability for on-line Service Providers", *The Journal of Proprietary Rights*, April, 1996. En este último se mantiene que los proveedores de servicio deberían ser responsables, en general, e internalizar los costes de las posibles infracciones como un coste propio del negocio, pues la ponderación costes-beneficios ayudaría a la racionalización del desarrollo de Internet, pp.2 En esta misma línea: TELLES BRUCE., "Insurance Coverage for Intellectual Property Torts in Cyberspace" *Mealey's Emerging Insurance Disputes*, July, 1997

NAFZIGER, JAMIE N., "Time to Pay Up: Internet Service Providers' Universal Service Obligations Under the Telecommunications Act of 1996" *Jonh Marshall Journal of Computer and Information Law*, Fall, 1997

<sup>276</sup> En torno a la autoría/s y las distintas naturalezas de las obras y las doctrinas aplicables: IAFE, LAURA G., "A Narrow view of Creative Cooperation: The Current State of Joint Work Doctrine", *Albany Law Review*, 1997



*Copyright Act de 1998* hizo una regulación de la que se puede decir que es espejo para la europea. Lo que sí parece es que el Tratado sigue entronizando al autor desde las mismas directrices jurídicas, *mutatis mutandis*, y desde tal posición puede exigir automáticamente su protección, que puede tener dificultades de aplicación, aún con mecanismos de gestión. Respecto a los derechos afines, la OMPI (WIPO) tras largas y complicada negociaciones, ha adoptado otro Tratado, El tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, puesto que la dificultad de la cuestión nadie la niega, y en tanto que las nuevas tecnologías evolucionan, para afrontar el software que permite la copia perfecta de imagen y sonido, y su libre distribución y uso, para controlar y gestionar tales prácticas. En el presente, los titulares de estos llamados "derechos afines" pueden invocar la ley para su protección en el ciberespacio, pero puede resultar tarea más que inútil su aplicación<sup>277</sup>. Aquí los mecanismos de acceso y gestión existentes no parecen hasta la fecha tan benévolo, puesto que si es posible en un acto posterior la copia perfecta sin control, el negocio se ha venido abajo. No se puede olvidar, como en el caso del disco, que la venta de copias masivamente es la clave del gran negocio<sup>278</sup>. Pues a diferencia de obras como la literaria o científica-técnica, cuyas facultades económicas también están basadas en el control y venta de copias, la copia permite, sobre todo, el acceso a su información, mientras que en el disco o la película, la copia no sólo permite el acceso al conocimiento de lo que allí se dice sino al goce y disfrute por la calidad del sonido o imagen. Puede decirse que también, en el caso de la novela o poesía, se goza al leerla y releerla, pero la diferencia radica que no importa para ello la calidad de la copia, que puede tener mejor o peor tinta o papel de impresión,

---

<sup>277</sup> Las prácticas de Napster, MP3, P2P, ect., son muestras que no necesitan ya mayor explicación al respecto. Y, por poner un ejemplo ya clásico, el caso sucedido al grupo musical U2, 1996, su nuevo disco a la sazón fue introducido en la red antes de su salida al mercado. La posibilidades de copia reventaron las posibles ventas, con independencia de la publicidad gratuita que en aquel momento pudo proporcionar el novedoso acontecimiento, profético del futuro negocio del disco.

<sup>278</sup> Por ejemplo, en el caso de la música, de manera paralela a las nuevas tecnologías de grabación digital y leyes que prevén medidas técnicas para impedir la copia digital en serie-"la Audio Home Recording Act americana"- se ha creado un aparato informático, que escapa a la calificación legal de aparato de grabación, que ejecuta archivos musicales en formato MP3, y difunde música en internet libremente, y hasta 1998 (Digital Millenium Copyright Act) escapaba de la calificación de ilegal.

y permite, igualmente, disfrutar de las bellas o ingeniosas palabras. De manera que en Internet, en el primer caso, la institución queda "tocada" en tanto que posibilita el acceso o conocimiento de la información, aún sin copia en el sentido clásico<sup>279</sup>; y en el segundo, la copia perfecta, puede ofrecer gratuitamente, el mismo placer estético que antes proporcionaba toda una industria. Y digo "puede ofrecer" porque la industria del software hace sus esfuerzos por colaborar en que así no sea.<sup>280</sup>

En este contexto, la nueva ley americana, que implementa el Tratado, la "*Digital Millennium Copyright Act of 1998*" dedica el título II como "*Internet copyright Infringement Liability Clarification Act of 1998*" a los proveedores de servicio, al igual que contempla a otros nuevos sujetos a lo largo de su articulado<sup>281</sup>, tales como los fabricantes de materiales que se conectan a las redes, o sus comerciantes. Los proveedores de servicio<sup>282</sup> son figura clave en orden a las responsabilidades jurídicas que por infracción del derecho de autor se pueda producir, a través de los servicios que estos posibilitan. Se dispone que el servidor de servicio no responderá cuando sus operaciones para dar acceso y transmisión de la información sean exclusivamente técnicas y tenga implicación ninguna en los contenidos. Operaciones que requieren de la copia, pero en tanto técnica, no incurre en infracción. Igualmente, la información

---

<sup>279</sup> E incluso los mecanismos de control pretenden el "acceso" pero no la copia.

<sup>280</sup> Se especula con el hecho de que, al igual que el sistema digital, en los aparatos musicales de reproducción, que permitían la copia perfecta y que ha sido impedida mediante mecanismos de codificación, de incorporación obligatoria en el aparato, -Audio Home Recording Act-, imposibilitando una segunda generación de copias a partir de la primera, igualmente se puede ingeniar algo parecido para este supuesto. De seguro que a través de los acuerdos que están celebrando las distintas industrias afectas- software y hardware y audiovisual- se lograrán "milagrosos" avances en este sentido. Véase el citado Pacto de 13 de enero 2003 de estas diferente industrias.

<sup>281</sup> En el preámbulo de la Ley se deja patente la preocupación y la necesidad de regular y proteger a los nuevos sujetos implicados, por la trascendencia económica y educacional: "the affected parties include the online providers, computer hardware and software manufacturers; every educator in America is affected by this legislation; every student; all the libraries; all the consumer electronics manufacturers and consumers of electronics; the motion picture companies, and everyone who uses the Internet. This measure will have as broad an impact on the American public as virtually any measure we will address".

<sup>282</sup> La ley americana los define: a) "service provider means an entity offering the transmission, routing or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user's choosing, without modification to the content of the material as sent or received". b) As used in any other subsection of this section, the term "service provider" means a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor, and includes an entity described in the preceding paragraph of this subsection".

almacenada por los proveedores para prestar el servicio, no responderá si no tiene real conocimiento del contenido o no participa activamente en la infracción; o si no tiene noticia alguna de tal circunstancia, o teniendo tal conocimiento o aviso actúa expeditivamente para remover tal información infractora o hacer imposible el acceso a la misma. Además de que no exista beneficio económico por su parte de tal acción infractora. Si el proveedor recibe notificación denunciando una infracción, no será responsable si con rapidez diligente retira o impide el acceso a tal información infractora. Para que el proveedor pueda hacer valer tal limitación legal de responsabilidad en el caso de que reciba notificación de la infracción, debe cumplir con una serie de requisitos que establece detalladamente la ley: en sus elementos subjetivos, de objeto y forma de tal aviso. El proveedor debe de nombrar un agente que reciba las notificaciones que pudieran recibirse, y éstas deberán contener obligatoriamente los datos legalmente establecidos y realizarse en forma y procedimiento dispuesto. Igualmente, él no será responsable si los usuarios a través de sus servicios realizan "*linking*" o "*hipertextlink*", o por sus directorios, index, o cualquier otra herramienta de búsqueda , conexión o acceso a información, que , en este caso, pudiera ser constitutiva de infracción. El proveedor que actúe sobre la información denunciada y supuestamente ilegal , impidiendo su acceso o retirándola o reemplazándola, si es de buena fe, no responderá frente a la otra parte, en caso de no resultar la denuncia cierta. O siempre que se lo comunique prontamente a su cliente, o habiendo recibido una contranotificación del mismo, que debe hacerse conforme a la ley, le comunique al denunciante la cesación de las medidas, proporcionándole copia de ésta . Salvo que el primero haya iniciado acciones judiciales y tenga orden judicial que obligue al proveedor. La "counter notification" debe incluir extremos, algunos similares a la notificación, como la firma física o digital del cliente o suscriptor, el material identificado previo a que fuera retirado y su juramento, a riesgo de delito de perjurio, de creer que la información fue

retirada por error o por una declaración falsa. También la ley dispone el procedimiento que el autor o titular debe seguir para identificar al responsable directo y que obliga al proveedor a revelar tal identificación. También con la finalidad de determinar la responsabilidad del proveedor de servicio en esta sección de la norma, se establece que el proveedor gozará de las limitaciones de responsabilidad señaladas siempre que adopte y comunique a sus clientes la política de sus servicios y que a los repetitivos infractores les conduzca a su expulsión. Y siempre que se acomode y no interfiera con los mecanismos de seguridad que los autores o titulares de la información posean al efecto para la protección y gestión de sus derechos.

Pero el legislador quiere dejar a buen recaudo del proveedor el derecho a la privacidad, y de ahí la disposición: "Protection of Privacy.-Nothing in this section shall be construed to condition the applicability of subsections (a) through (d) on- (1) a service provider monitoring its service or affirmatively seeking facts indicating infringing activity except to the extent consistent with a standard technical measure complying with the provisions of subsections (h); or (2) a service provider accessing, removing, or disabling access to material where this conduct is prohibited by law". Efectivamente, la figura del proveedor no deja de levantar "sospechas" para todos, y si bien está en la mejor situación para irrumpir en los contenidos, no es fácil de regular sus funciones, por su necesidad técnica. El miedo de muchos a una posible "censura", tomando ahora el término más como metáfora que en su rigor legal, desde éstos, no es una ficción. No en balde el legislador americano ha construido su exención de responsabilidad a base de excluir su conocimiento, participación o implicación en la información que transmita, y siempre que se atenga a funciones técnicas necesarias para que se verifique. Y no sólo esto, sino que además expresamente prohíbe la "monitorización", el control de lo que se dice a través de sus servicios. Dejando a salvo lo necesario para "acomodar" los

mecanismos técnicos de seguridad que los suscriptores quieran emplear y sin interferir en su cometido.

Ni cabe dudar que todo lo arriba expuesto es susceptible de más comentario y crítica, pues no termina uno de imaginar la aplicabilidad de esas disposiciones, no ya en el entorno de USA sino del Mundo, y no porque sea irreal, sino por la dificultad que puede presentar si se produce en el espacio mundial, masivamente, desde diferentes orígenes y desde diferentes legislaciones. Por ejemplo, que una orden judicial española tenga aplicación en US puede llevar algo más que un día y una gestión, salvo que la persona se desplace o que el mundo judicial comience a ser también virtual. Y naturalmente, se dejan fisuras que aunque "legales" permiten al proveedor, con supuesta necesidad técnica, conocer más allá de lo que podríamos probar, salvo que permaneciéramos todo el día vigilando al vigilante. No se trata de caer en la paranoia, pero tampoco de ignorar lo posible, aunque no legal. De todas maneras, con estas disposiciones se puede evitar el plagio, pero no la posterior difusión libre de la información obtenida. Quiero decir, puede disuadir de "colocar" la información en un sitio o dirección la información susceptible de infracción bajo la jurisdicción americana, pero, dada las características de Internet, igualmente puedo colocarla en otro lugar, pues sólo se trata de "pulsar una tecla " y poner a disposición la información, quizá plagiada. Pero aún en el ámbito de aplicación de la ley, una vez obtenida la información, respetando las medidas de seguridad y gestión, nada impide difundirla hasta el infinito, via-mail. Y ello incluso legalmente, por efecto de la "first sale" o derecho a la primera venta<sup>283</sup>; nuestro correo electrónico inviolable, salvo sospecha de delito, podría enviar a todos nuestros amigos y los amigos de éstos y sus conocidos ,y así sucesivamente, una información legalmente obtenida, al disponer legalmente de nuestro "ejemplar". Por otra parte, creo que los internautas de todo el mundo podrían "dinamitar" la ley a base de una riada de

---

<sup>283</sup> Salvo que también se prohíba esas excepciones o limitaciones que el Derecho vigente establece con el fin de mantener a salvo el equilibrio de los derechos del público. En este sentido, véase la Directiva 29, en relación a la primera venta: Considerandos 28 y 29 explican y determinan el agotamiento de derechos para los "soportes tangibles" y no para los servicios. Agotamiento en el ámbito de la Comunidad únicamente.

denuncias y contradenuncias que colapsarían las posibilidades de respuesta del sistema establecido. Los temidos cuellos de botella de los sistemas de transmisión de información pueden provocarse fácilmente, al intentar controlar el flujo.

La ley no deja resuelta la cuestión del proveedor cuando de una institución educativa o de investigación se trata, como las Universidades o bibliotecas, sino que remite a una posterior legislación que habrá que elaborarse a la luz de las consideraciones que se prevén. Véase la remisión en la sección 204 de la ley: "Liability of educational institutions for on-line infringement of copyright". Otros sujetos que encuentran cabida en la ley son los fabricantes y comerciantes, que en el tenor literal se refieren expresamente, de aparatos que dejen sin efecto los propósitos de los mecanismos técnicos de acceso y control de la información que se pueden implantar por autores, titulares y proveedores.<sup>284</sup>

Previo a la Directiva de la U.E, el citado Libro Verde afirmaba " la posibilidad de utilizar diferentes técnicas en el proceso de creación no parece que vaya a poner en entredicho los conceptos de autor y de obra, que imponen ambos la búsqueda de la persona que ha efectuado las opciones necesarias para conducir el proceso de creación, expresando así su personalidad", aunque, como señala más arriba, puede que se evolucione hacia un concepto "menos personalista"<sup>285</sup>. Posteriormente, las ya citadas Directivas, la 2001/29/CE de los, derechos de autor en la Sociedad de la Información, y, su digamos extensión natural, la Directiva del Comercio electrónico, establecen un sistema de responsabilidad muy en paralelo al de la legislación norteamericana. La Directiva 29 señala que "sobre todo en el entorno digital, es posible que terceras partes utilicen cada vez con mayor frecuencia los servicios de intermediarios para llevar a cabo actividades ilícitas. En muchos casos, estos

---

<sup>284</sup> Sec. Copyright Protection Systems and Copyright Management Systems. Además hay que indicar, que la ley, como se deja claro en el preámbulo de la misma, no impone ningún tipo técnico de sistemas, sino que lo deja a la libertad del mercado. "Another important amendment was added that makes clear that this law does not mandate any particular selection of components for the design of any technology".

<sup>285</sup> Libro Verde., p.27

intermediarios son quienes están en mejor situación de poner fin a dichas actividades ilícitas...." (considerando 59). En la Directiva del Comercio electrónico, el capítulo segundo, sección cuarta, se regula la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Regulación que se hace "*mutatis mutandis*" en sintonía con la regulación americana. Y aquí tampoco existe obligación de "monitorización" ni "una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas" (art.15). Las críticas vertidas a raíz de la *Digital Millennium Copyright Act* se hacen extensibles a la norma europea, con el agravante de que la Directiva por su posterioridad en el tiempo podría haber aprendido con mayor intensidad de los errores ajenos.

### **3.2.2. Sujetos Fuera de Protección Vigente: Necesidad de Medidas Técnico / Jurídicas**

---

Algunos autores de presuntas obras pueden no estar contemplados en la legislación tradicional, bien porque no es fácil la determinación del autor /es de la creación, y hayan surgido nuevas formas de coautoría, bien porque se dude de su originalidad. Se necesita además de la voluntad positiva del legislador de incluirlos en la legislación, o de su interprete, y de poner a su disposición los mecanismos técnicos de acceso y gestión, para con el resto de los autores y titulares poder explotar los derechos de autor que les corresponda.

Los titulares de derechos afines, requieren también de medidas técnicas para hacer valer sus derechos, escritos sobre el papel de la antigua legislación, y que como papel mojado pueden quedar si no se disponen instrumentos técnicos para su mantenimiento. Por otra parte, no es de extrañar que nuevos derechos afines, provenientes de nuevos o tradicionales sujetos del proceso informativo, puedan surgir, y requieran su inclusión legal. A estas dos categorías - autores y titulares de derechos afines- habría que añadir los demás participantes clásicos en el

proceso industrial y comercial del proceso, como son los editores, productores de espectáculos, distribuidores en general, etc. Algunos podrían ver desaparecer, o transformar en su caso, su empresa como por arte de magia, y otros casi reducida a nada. Así el papel indiscutible de los editores en la historia de la institución o en los derechos exclusivos de explotación de los autores, junto a los distribuidores, puede haber llegado a su fin, al menos a la manera tradicional. Salvo que existan contratos previos, fuera de la red, que deban seguir respetándose, aunque es muy fácil escanear cualquier soporte tradicional para incorporarlo a la memoria del Ordenador. O que con independencia de la red, subsista un mercado en soportes tradicionales para el placer de aquellos, por ejemplo, de la lectura en tinta y papel. Pero será un mercado de corte diferente donde la copia masiva no tendrá sentido, sino el ejemplar exquisito. Naturalmente, esto barrunta algo más que un cambio o modificación de legislación sino un cambio del mundo, que probablemente requerirá un profundo o revolucionario cambio de la institución.

Los nuevos sujetos, ya mencionados, como los proveedores de servicio, fabricantes de hardware o software, operadores, etc. que ya están viendo en las legislaciones más avanzadas su regulación, requieren, todavía, en gran parte del mundo, su reconocimiento, regulación y protección. Por último, cabe decir que, si como en la legislación norteamericana, los mecanismos de protección que los autores pueden habilitar, son insensibles a las posibles excepciones de los derechos exclusivos<sup>286</sup>, el sujeto-el público- que junto al autor es la razón de ser de toda la institución, ahora y antes, quedaría defraudado en sus derechos. "As millions move life to cyberspace, the power of copyright owners to monitor and police the use of "their" content only increases. This increase, in turn, benefits the copyright holders, but with what benefit to society and with what cost to ordinary users? Is it progress if every use must be licensed? If

---

<sup>286</sup> Al menos hasta la fecha.



control is maximized?<sup>287</sup>. Y esa es la gran pregunta: ¿Qué gana la sociedad con un control exhaustivo de la Red?.

### **3.2.3. Derechos Fundamentales que se Fortalecen o Resienten**

---

Dejar a sujetos al descubierto legal de protección puede provocar desincentivación. Igualmente, una exhaustiva protección de sujetos y obras, sin dejar paso a las excepciones, vacía el flujo informativo del público. Dejar fuera a nuevos sujetos técnicos, además, puede propiciar delitos impunes.: los proveedores podrían violar derechos fundamentales, privacidad, derechos a la información "censurando" o propiciando cuellos de botella,.....etc. Podemos pasar del Estado represor al Proveedor Dominador , por gracia de su privado negocio. Los fabricantes de software pueden monopolizar, (ejemplo Microsoft), incidiendo a la larga en derechos del mercado, consumidores, y, los más preocupante, en derechos fundamentales.

### **3.3. Contenido: los Derechos Exclusivos y sus Límites.**

---

La "desmaterialización" de la obra , su reproducción perfecta e "infinita", y su disponibilidad de existencias sin límite, casi sin costes, la velocidad de diseminación, su tráfico masivo casi incontrolable, son razones suficientes para afirmar que casi todos los derechos exclusivos decaen en Internet. Pero los novedosos mecanismos y sistemas de seguridad, control y gestión, también pueden ser razones más que suficientes para afirmar con optimismo que éstos no sólo perviven sino que pueden gozar de mejor salud que nunca. Pero tanto en un caso como en el otro los llamados "límites" casi quedan sin sentido: en el primero, porque no hay fundamento para limitar, y en el segundo porque la exhaustividad y rigidez de

---

<sup>287</sup> LESSIG, L., o.c. p. 183

control de los mecanismos técnicos les deja poco resquicio<sup>288</sup>. Tanto las facultades patrimoniales como las morales quedan afectadas en el contexto digital, pero obviamente es el contenido moral el más delicado y como sabemos no admite ni excepción ni límite.

### **3.3.1. Derechos de Explotación.**

---

El mantenimiento del contenido económico en el sistema de la Red no siempre va a ser posible, a causa del propio funcionamiento y de la dificultad de control en Internet.

#### **3.3.1.1. Facultades de Protección Automática**

---

La facultad de autorizar la difusión primera de la obra, de la que derivan el resto de las facultades patrimoniales y morales, queda intacta y de aplicación inmediata. Y podría afirmarse, ya mismo, que es la primera y única que tiene sentido y realidad en la tecnología Internet para el autor. Hasta el punto que cabe su fortalecimiento y desarrollo en un extremo que satisfaga los intereses económicos del autor, de una vez por todas<sup>289</sup>, antes de que pierda su control cuando introduzca su obra dentro de la red. El número de copias o difusiones no podrá seguir siendo la unidad de medida en orden a la remuneración del autor. Otros usos, aplicaciones y servicios vendrán, en el nuevo mercado cibernético, a desplazarlo, como se verá.

El resto de las facultades patrimoniales, tal cual están dispuestas en la legislación vigente, requieren de medidas

---

<sup>288</sup> La solución puede pasar por un planteamiento que va más allá de una posición conservadora, tanto con como sin mecanismos. Es decir, una posición que aunque los incluya, soluciones a la vez el problema de los límites. Y ello requiere una postura jurídico-política. La solución pasa por ofrecer los mismos efectos beneficiosos o superiores de los llamados "límites" tradicionalmente, pero sin los mismos y por otras vías que posibilite Internet. Se ahondará sobre ello en el último capítulo de la Propuesta.

<sup>289</sup> En la legislación actual es posible el pago al autor por "tanto alzado", como alternativa al sistema proporcional por ventas o actos repercutibles.

legales y / o técnicas para su vigencia y aplicación en Internet. De ahí que en la Directiva europea, como en la legislación norteamericana, se mantengan las facultades patrimoniales en la red con el necesario respaldo de los mecanismos, aunque en el art. 3 de la norma europea se de una gran amplitud a la llamada "comunicación pública" y "disposición al público" que el considerando 23 dice que abarcan todo tipo de "transmisión o retransmisión". Efectivamente, sin éstas medidas tecnológicas, es difícil entender que exista "fijación estable", cuando la comunicación *on line* es volátil, salvo que se produzca simultáneamente copia estable al modo tradicional, en soporte material. Que, por otra parte, es de difícil control, por la velocidad de transmisión de la red y de copia del ordenador, por lo que quedaría sin control, y por tanto, de difícil cómputo. Obviando, por supuesto, las reproducciones por necesidad técnica para el funcionamiento del sistema de transmisión<sup>290</sup>, que escapan de autorización. Y que las legislaciones han querido refrendar como "excepciones", cuando la realidad técnica no necesita del beneplácito del legislador para "ser" como "es"<sup>291</sup> Y si esta facultad de reproducción, que resulta básica para la institución<sup>292</sup> en su perfil actual, se desvanece, el resto de las facultades, intrínsecamente unidas a ésta, se desvanecen también.

Así, claramente, la facultad de distribución , que requiere, como en el caso de la edición, la multiplicación de copias en el origen para su distribución posterior. O como en el caso de la exhibición cinematográfica, distribución previa de las copias para su puesta a disposición del público. Y en el caso de la radiodifusión, la emisión en el origen de la señal

---

<sup>290</sup> En el servidor del proveedor o en el cache del ordenador propio, por ejemplo.

<sup>291</sup> Véase la Directiva 2001/29/CE, arts. 5.1 y 29

<sup>292</sup> Se afirma en el Libro Verde de la U.E. "el derecho de reproducción es la esencia misma de los derechos de autor y derechos afines, porque gracias a él un titular del derecho puede autorizar o prohibir a cualquier persona reproducir la obra o la prestación protegida. Es este derecho el que, al permitir la reproducción, confiere el control sobre ciertos actos de explotación subsiguientes". p. 49 o.c. Sobre la cuestión de si Napster da lugar a una "reproducción" o "grabación" conforme a la legalidad vigente en U.S. (*The Audio Home Recording Act of 1992*) y por lo tanto a su calificación de legalidad o ilegalidad , véase: "Brief for the United States as Amicus Curiae" United States Copyright Office Atrónéis. Library of Congress. Billing Code 1410-30-P. Y también el informe sobre la *Digital Millennium Copyright Act*" véase "Report to Congress Pursuant to Section 104 of the Digital Millennium Copyright Office". Billing Code 4510-30-U. 4510-29-M. USA, 2000

que en el destino se multiplica en los aparatos receptores, que conecten y accedan a la información.

Todas ellas son, en definitiva, formas de difusión a través de diferentes medios técnicos que permiten la puesta a disposición pública o "publicación" de la información<sup>293</sup>. Y todas ellas, de una manera u otra, en general, reproducen, controlada y centralizadamente, en mayor o menor medida, como se ha visto. Pero, desde el momento, en que todos estos medios y modos de difusión distintos convergen en único medio<sup>294</sup>, Internet, la única difusión posible es la "transmisión" de la información por la red, que con su exclusividad técnica, reduce la palabra, imagen o sonido al mismo tratamiento digital, en ceros y unos, y se produce por acceso del usuario, a tiempo real o diferido<sup>295</sup>. Luego, se cual sea la naturaleza de la información, sólo cabe la autorización de una forma de explotación o difusión en el ciberespacio. Seleccione el término "transmisión" al ser el más amplio, conforme la definición dada por el glosario de la OMPI<sup>296</sup>. Y que la Directiva encajaría en la amplia definición de "comunicación pública y puesta a disposición" en el artículo cuarto. El concepto de "público" ha sido vital para la institución, desde el momento en que los actos que repercuten en el derecho se computan cuando traspasan al ámbito público. Público o privado son categorías que, si bien útiles en el mundo real, son bastante irrelevantes a estos efectos: desde el momento en que la información está a disposición del público en Internet y puede obtenerse y utilizarse, copia pública o privada son actos que no se pueden controlar, o diferenciar claramente su naturaleza. Porque la copia pública sería reproducción y

---

<sup>293</sup> El momento de cuándo puede considerarse pública la información, dependiendo de cada medio técnico, ni ha sido ni es una cuestión pacífica. Véase: ERDOZAIN, J.C., *Las retransmisiones por cable y el concepto de público en el Derecho de Autor*, Pamplona, 1997.

<sup>294</sup> Sobre la convergencia de los medios de comunicación en Internet, véase, entre otros: "La convergencia de los medios en Internet", en *Los Retos de la Información en Internet. Las libertades de Acceso y Difusión*. Seminario Complutense de Telecomunicaciones e Información Madrid, diciembre de 1998 . p.p.15 a 37.

<sup>295</sup> No olvidemos que el principio técnico "punto a punto" o "end to end" pasa por ser el más importante de la red, como ya se visto y citado en anteriores capítulos.

<sup>296</sup> "hacer una obra, representación o ejecución, fonograma o emisión de radiodifusión perceptibles, de cualquier manera idónea, para las personas en general, es decir, sin restringirlos a determinados individuos pertenecientes a un grupo privado. Este concepto es más amplio que publicación y abarca también, entre otras, formas de utilización tales como la representación o ejecución pública, la radiodifusión y la transmisión por hilo al público, o la transmisión directa al público de la recepción de una emisión o programa de radiodifusión" *Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Ginebra, 1980. ISBN 92-805-0016-3.

requeriría autorización, y la copia privada de uso personal entra dentro del uso legal, sin autorización, es difícil determinar si en Internet estamos reproduciendo o simplemente estamos ante un uso permitido, privado. Y en último término de difícil control, so pena de ir casa por casa y ordenador por ordenador, investigando la auténtica naturaleza de cada acto. Tal tarea, a escala mundial, puede resultar, cuando menos, lenta. La Directiva utiliza casi indistintamente los términos "original" y "copia" (art.5), y "reproducción" y "copia" (considerando 52), y es que la realidad "asalta" al legislador en repetidas veces.

Por todo lo visto hasta ahora, parece que el autor conserva y retiene con más valor que nunca la decisión primera de difundir o transmitir su obra en Internet. Pero una vez en la red, puesta a disposición del público, y accedida y obtenida la información, por cada usuario, después de la primera venta o acceso, el autor o titular podría "renunciar" *de facto* a su control, a favor de la libertad, si no se instalaran las medidas técnicas eficaces y respetuosas con los límites, que hasta ahora no han mostrado tal bondad. La Directiva, sin embargo, mantiene las facultades patrimoniales, en su convencional diseño, para el entorno de la Red, y se ayuda, como ya se ha dicho, de las medidas tecnológicas, que presupone perfectas para el fin del legislador, para tal mantenimiento de la regulación vigente (arts. del 2 al 8).

Esta facultad troncal, origen de todas las demás, económicas y morales, ha mostrado su persistencia e importancia histórica y se presenta en la actualidad con la misma proyección de futuro.

#### **3.3.1.2. Facultades Fuera de Protección: Necesidad de Medidas Jurídico / Técnicas.**

---

Las facultades patrimoniales quedan fuera de protección salvo que se adopten disposiciones jurídicas y técnicas que

permitan su vigencia y aplicación. En primer lugar, es necesario establecer o interpretar la norma en el sentido de entender que existe "fijación en un soporte", y que, por tanto, existe copia o reproducción. La ficción legal pretende mantener el régimen vigente, en sustancia. Pero, para el ejercicio de esta facultad de reproducción se requiere la adopción de medidas técnicas: mecanismos de acceso, seguridad y gestión del derecho. La Directiva hace un esfuerzo legal por mantener todas y distinguir cada una de las facultades patrimoniales, con la colaboración de las medidas técnicas. Pero, como también se ha dicho, en el artículo 3º se establece una amplia facultad de "comunicación pública"<sup>297</sup> donde cabría toda la difusión que se produce en Internet, y que aquí se ha denominado "transmisión", conforme al citado Glosario terminológico de la OMPI. De esta manera se permite, más o menos en términos tradicionales, el cómputo de los actos de explotación de la obra. Y así lo ha hecho la Directiva europea de derechos de autor en el mercado digital, al reconocer el derecho de reproducción, pero excluyendo como excepción los actos que permiten, precisamente, el funcionamiento técnico de Internet y las excepciones legales<sup>298</sup>, es decir, no sólo la llamada copia técnica sino la navegación misma. Ello permite, al modo convencional, gestionar, mediante medidas técnicas de control, las copias materiales, trasladando el mismo régimen al espacio Internet. Parece una manera legal "elegante" de eludir la realidad técnica originaria de la red y sus consecuencias.

---

<sup>297</sup> Art. 32 Derecho de comunicación al público de obras y de derecho a poner a disposición del público prestaciones protegidas". El primero respecto a los autores y sus obras y el segundo, respecto a los titulares de los derechos afines y sus prestaciones. En realidad es una manera de ensanchar el derecho de comunicación para incluir en su ámbito de protección lo que viene a definirse como prestaciones, con el fin de "salvar" los derechos afines como derechos de remuneración.

<sup>298</sup> Así reza uno de los considerandos: "Conviene establecer una excepción al derecho exclusivo de reproducción para permitir determinados actos de reproducción provisionales, que sean reproducciones transitorias, que formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico desarrollado con el único objeto de permitir una transmisión eficiente en una red entre terceras partes, a través de un intermediario, o bien la utilización legal de una obra o de otros trabajos.....En la medida en que cumplan estas condiciones, la excepción mencionada cubre asimismo los actos que permitan la navegación o la creación de ficheros caché, incluidos los que permitan el funcionamiento eficiente de los sistemas de transmisión".

Sin embargo, no podemos asegurar que sobreviva la facultad de distribución, ni para la letra ni para la imagen o el sonido, pues siempre estamos ante el mismo tipo de difusión, que es todo a la vez: reproducción, distribución, exhibición o representación o comunicación pública, según pensemos en claves tradicionales. Es decir, por ejemplo, si en una Web es posible acceder a una música y descargarla en nuestro ordenador: puede considerarse que se está reproduciendo, distribuyendo y exhibiendo esa música a la vez. El derecho de distribución, considerando su evolución histórica, sufre una crisis importante si pensamos en las emisiones de televisión en directo: a través de las ondas se reproduce y distribuye a la vez en los televisores del ámbito territorial de alcance. Diferente es que los programas estén grabados y éstos se pueden comercializar y distribuir. Esta comercialización o distribución de productos informativos, en general, está sometido en el ámbito de la Unión europea al llamado "agotamiento de derechos" respecto a la mercancías, pero no respecto a las prestaciones o servicios. "Si está incorporada a un soporte material, está sometida a las normas en materia de libre circulación de mercancías y, por consiguiente, al principio comunitario del agotamiento. Otro problema es saber si el agotamiento comunitario es exclusivo, es decir, si los Estados miembros pueden seguir considerando que la venta de una o de un objeto conexo en un soporte material y en un tercer país agota el derecho de distribución en todo el mundo o sólo en caso de que esta comunicación se produzca en la Comunidad, como dispone expresamente, para los titulares de los derechos afines, el apartado 2 del artículo 9 de la Directiva sobre alquiler y préstamo, 92/100/CEE. Las discrepancias sobre este punto de un Estado miembro a otro tendrán repercusiones en el mercado interior, por lo que cabría plantearse si la norma del agotamiento internacional debería descartarse asimismo en materia de derecho de distribución de la obra o de otro objeto"<sup>299</sup> Puesto que es el soporte el que "mercantiliza" la información, su consideración como tal daría lugar a disipar todo derecho sobre la misma tras la primera venta- al igual que

---

<sup>299</sup> Libro Verde de la U.E. sobre derechos de autor y derechos afines., o.c. p. 47

conduce la "*first sale*" norteamericana- y, sibilinamente la Comisión se inclina ahora en considerar tales actos "servicios" en las autopistas de la información, sobre los que no se aplicaría, conforme a los Tratados, tal principio. "La Comisión podría compartir este enfoque en lo que a los servicios característicos de la Sociedad de la Información respecta."<sup>300</sup> Pero aquí subyace una incongruencia: considerar que existe fijación, y soporte a veces; y en otras no, calificándolo como servicios o prestaciones, según la conveniencia que "apañe" este poner remiendos a un traje que se queda inservible. Y efectivamente, ésta ha sido la posición finalmente mantenida en la Directiva aprobada sobre los Derechos de autor y Derechos afines en la Sociedad de la Información. Por ello, primero, en el art. 3.3, sobre los "derechos de comunicación de obras al público, incluido el derecho a poner a disposición del público otros trabajos protegidos", establece: "ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1y 2."<sup>301</sup> Entre éstos, se incluye, por ejemplo, la radiodifusión por Internet. Con independencia de que pueda existir o no copia, la Directiva asume convenientemente estos actos como servicios para su no agotamiento. Ahora, que la norma lo imponga no quiere decir que tenga sentido. Puesto que si es posible la copia material en el ordenador personal, nadie puede impedir a un individuo disponer legalmente de su copia material. Y en cuanto a la facultad de distribución, el art. 4 sobre "el derecho de distribución" dice: "el derecho de distribución respecto del original o de copias de las obras no se agotará en la Comunidad en tanto no sea realizada en ella la primera venta u otro tipo de cesión de la propiedad del objeto por el titular del derecho o con su consentimiento". Se aprecia, además del mantenimiento y distinción de cada una de las facultades de

---

<sup>300</sup> Ibid. p. 48

<sup>301</sup> Nótese, cómo resulta extraño en el ambiente Internet la diferenciación entre reproducción, comunicación pública y distribución. En este punto que se está tratando, al enfocarse en la "comunicación pública" en la red como acto distinto a la reproducción o la distribución misma, sólo tiene sentido pensando en clave tradicional: es decir, productos materiales que se ponen a disposición a través de la red. Y que se pretende su control de su posible posterior difusión, de la posible copia privada legal, etiquetando el acto como "servicio" sometido al no agotamiento.



explotación en la red, que para que se reconozca la excepción al control del autor o titular sobre su derecho, después de la primera venta, es necesario que estemos ante un "objeto", es decir, soporte material. En este caso, el legislador debe estar pensando en productos o formatos electrónicos comercializados fuera de la red. Puesto que se explica en el Considerando 29: "el problema del agotamiento no se plantea en el caso de los servicios y en particular de los servicios en línea. Ello se aplica también a las copias materiales de una obra u otro trabajo efectuadas por un usuario de dicho servicio con el consentimiento del titular del derecho. Por consiguiente, lo mismo se aplica al alquiler y préstamo del original y de copias de las obras u otros trabajos que por su naturaleza constituyan servicios. A diferencia del CD-ROM o DC-I, en los que la propiedad intelectual está incorporada a un soporte material, esto es, un artículo, cada servicio en línea es, de hecho, un acto que debe quedar sujeto a autorización cuando así lo exijan los derechos de autor o derechos afines. Y por supuesto el posible agotamiento de derechos sólo en el ámbito de la Comunidad". La ambigüedad ayuda a sostener lo insostenible, puesto que sólo reconoce la facultad de distribución cuando la obra está incorporada a un soporte tangible, pero no cuando la copia material es obtenida a través de un servicio "on-line". Y el problema de la "intangibilidad" queda sin resolver, aunque al amparo de la ambigüedad del concepto de "servicio" de la Comunidad.

Pero la Directiva sí reconoce la facultad de reproducción en la red, aunque exceptúa del derecho "los actos de reproducción temporal a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico cuya única finalidad consista en....". No entra en determinar si "on-line" hay copia material tangible, es decir, a través memoria RAM. En tal caso lo exceptúa del derecho de reproducción, pues se trata de copia transitoria o copia técnica necesaria para la transmisión del sistema. Es

decir, la facultad de reproducción pensando sólo en la copia hecha en soporte digital, analógico o papel<sup>302</sup>, en su caso, confiando su gestión y administración a las medidas tecnológicas. Sin embargo, la copia, y sobre todo, la copia digital, significa que se "escapa" técnicamente de todo control. Lo cual significa, también, que su pretendido objetivo de "compensación económica" y de "rendimiento satisfactorio de la inversión" se frustra, aunque la ley establezca lo contrario. Es decir, por la misma razón que entiende que no debe existir agotamiento de derechos para las copias materiales obtenidas por un servicio *on-line*, debería entender que la copia material reproducida en la red conduce al suicidio institucional de tal facultad por la imposibilidad de control técnico. Salvo que la Unión Europea espere de los creativos del *software* mecanismos de seguridad que permitan la copia material, la copia privada en sus supuestos legales y el control de la posible transmisión de la misma con independencia de tiempo y espacio. Esperanza que parece más bien una quimera, a la vista del desarrollo del mercado y sus prácticas.

Tanto el Tratado de la OMPI, como la de Directiva de U.E<sup>303</sup>, y la Ley Americana, recogen sendos artículos estableciendo, protegiendo, y prohibiendo la violación de estos mecanismos. Y se da por supuesto la fijación de la información en el ciberespacio, asumiendo, por tanto, la reproducción. Y también estableciendo límites que a su vez pueden ser limitados, según qué medio y tecnología. La Directiva europea establece los límites, artículos 5, y medidas de protección tecnológica, artículo 6, y limitaciones a los límites, artículos 5.5 y 6. Estos mecanismos, como se extrae de la realidad y de la legislación, no dejan margen a las excepciones de las facultades exclusivas, aunque se anima a los fabricantes a su creación "ad hoc" (artículos 6 y 7), e incluso se impone al Estado la obligación del establecimiento de medidas pertinentes

---

<sup>302</sup> Es decir, existe una contradicción: reconociendo la facultad de reproducción en general para todo tipo de acto, pero sólo su posible ejercicio en soporte material. Y es que la realidad se impone.

<sup>303</sup> La Directiva dedica dos largos artículos- 6 y 7- para la protección de medidas tecnológicas e información para la gestión de derechos.

para el respeto de las excepciones, si voluntariamente no lo han hecho los titulares de las obras (art. 6), si se pretende la vigencia de la norma en la red. La Directiva comunitaria no sólo establece un largo listado de excepciones<sup>304</sup> a los derechos exclusivos de reproducción y "comunicación pública y puesta a disposición pública" sino que se espera que los mecanismos de gestión puedan administrarlas sin problema o afectación alguna en el sistema. Pero es más, cuando los autores o titulares de las obras no dispongan voluntariamente la manera de hacer efectivas tales excepciones, los Estados miembros "tomarán las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecida por el derecho nacional..."<sup>305</sup>. Realmente es adorable lo establecido por U.E, pero es una lástima que no se plantee la realidad y el funcionamiento técnico posterior al obtener una copia en un medio digital. Y que tampoco se plantee cómo éstos mecanismos van a discriminar un uso permitido de los que tasa la ley, sin que el posible usuario falsee la finalidad del uso o se dilate tanto la operación de acceso que deje sin sentido la "velocidad Internet". En efecto, nada sobre los posibles destinos de la copia privada y su problemática, cuando, técnicamente, la "copia" se presenta como la "enemiga" para el mantenimiento de la regulación actual. No parece que los mecanismos de gestión puedan reproducir el régimen vigente en la red hasta el punto de no desnaturalizar el medio. La Directiva sería casi un brindis al sol, si no fuera por el casi carácter provisional y experimental que ella misma se propone.

Por otro lado, y aunque el autor está autorizado para "súper proteger" (art.5.5) y explotar su obra, este ciego cierre hacia los derechos del público, reclama el respeto constitucional de los derechos fundamentales. Es decir, aunque estos mecanismos consigan un funcionamiento y una seguridad infalibles, en su finalidad de un sistema "pay per view" o "pay

---

<sup>304</sup> Art. 5 sobre las excepciones a los actos restringidos previstos en los artículos 2,3 y 4. Y se lee en alguno considerando "la presente Directiva establece una lista exhaustiva de excepciones a los derechos de reproducción y de comunicación al público". "Las actuales excepciones a los derechos previstas en los Estados miembros deben reevaluarse a la luz de los avances logrados en la electrónica".

<sup>305</sup> Art.6.4.

*per use*"<sup>306</sup>, - sin espacio para los derechos de la sociedad a la información libre\_ de autorización /prohibición, significaría frenar cuando menos la "riqueza" creativa y de conocimiento que Internet permite. ¿Por qué despreciar esta "riqueza" que puede generar tantos beneficios, sólo por sostener un concepto tradicional? ¿Por qué no empleamos nuestras energías en organizar una nueva realidad en vez de destruirla a favor del mantenimiento de los intereses tradicionales? Pues tal posición parece contraria a las Constituciones democráticas del Mundo occidental, que reconocen y protegen los derechos fundamentales. Además, tanto desde la memoria volátil RAM, información on line sin fijación, como si abandona el estado "virtual" para incorporarse a un soporte "material duradero", las posibilidades de copia legal<sup>307</sup> son innumerable e incontrolables, si se dejan a salvo los derechos fundamentales. Sin obviar otra cuestión, que se ha mencionado tratando los proveedores de servicio, estos mecanismos, que no pueden ser tan rápidos como Internet libre de ataduras, pueden producir "cuellos de botella" en el tráfico informativo de la red, que impedirían el ejercicio del derecho a la información universal.

La ficción jurídica no detiene la realidad de Internet: en la comunicación "on line", en la memoria RAM, no hay fijación , es volátil. No hay copia y la información se desvanece al apagar el ordenador o al cambiar de sitio. Sin embargo, posibilita el conocimiento y la posibilidad de copia de la información hasta el infinito. Para retener de forma duradera la información, atrapar su "forma" o "expresión" es necesaria la copia previa en el origen, más o menos en términos convencionales: en papel, disco duro, diskette, o CDs, o cual sea, que retenga la

---

<sup>306</sup> Como bien afirma FERNÁNDEZ-LUDEÑA, C., (Abogada del Bar de California), en su artículo "La Distribución de productos cinematográficos en Internet: la experiencia de Motion Pictures", p. 36, en *Retos de la Información en Internet*, o.c., este sistema "pay per view", apoyado por la ley, es el estándar de seguridad que las grandes industrias del cine y de la música pretenden que se implante de manera infalible, pues las posibilidades de volumen de negocio en estos sectores se harían todavía más fabulosas que nunca. Como siempre, esta industria, más que la editorial, es la más interesada en los mecanismos de seguridad y gestión por razones económicas, basadas en el régimen jurídico vigente del derecho de autor. De lo contrario, Internet puede ser un enemigo gigantesco para sus intereses.

<sup>307</sup> No olvidemos que conforme a la *first sale* o el agotamiento del derecho de comercialización, yo puedo vender y a su vez revenderse este ejemplar en una cadena ilimitada y legalmente. Claro está, esto en el espacio cibernético deja sin sentido toda la dimensión económica del derecho de autor.

información, duradera y establemente, donde podemos volver, para comprobar su autenticidad o integridad. Se trata de poner el original a buen recaudo. Quiere decirse, que en algún lugar ha de estar la referencia "material" que falta en la red cuando la comunicación es "on-line", lo cual permite el conocimiento, el goce y la reflexión. De ahí la necesidad de esa copia previa, tanto para volver sobre ella en el ordenador o aparato que se utilice, y si se desea trayéndola a soportes tradicionales o incluso en accesos sin límites. Cuando existe copia previa o simultánea de la información *on line*, ésta actúa como un espejo<sup>308</sup>, que proyecta su imagen hasta el infinito para posibilitar su conocimiento. Y al existir copia material estable en el origen es posible volver sobre ella. Si todo fuera volátil sería imposible este "volver" sobre la obra, y desaparecería. Imposible su protección. Pero, a diferencia del pasado, la copia posterior a partir del original está fuera de control, desde que el usuario ha entrado en conocimiento de la información y la puede haber copiado, incluso legalmente y mediante previo pago, pero nada impide después su difusión privada hasta el infinito sin control, por ejemplo por e-mail.

La transmisión a través de la memoria RAM, hace posible el acceso, conocimiento y la posibilidad de copia infinita. Se potencia el "conocimiento" y la "forma o expresión" pasa, por decirlo de alguna manera, a un segundo plano; cuando, también, existe copia duradera en la memoria ROM, o CDs, o cual sea, además se permite a merced del usuario el goce estético de la forma y la reflexión intelectual de lo expresado, al retenerlo, sin tiempo o premuras impuestas por el medio. La combinación e interacción de todas estas posibilidades con las potencialidades de Internet, facilitan la creación y el conocimiento como nunca hasta el momento. En soportes de carácter más tradicional, se acentúa la forma, aún posibilitando el conocimiento; y en la transmisión *on line* se potencia el conocimiento, aún transmitiendo la forma de expresión, -de ahí su importancia como "medio comercial", donde la comunicación de

---

<sup>308</sup> Pero no es una copia en el sentido convencional.

hechos e ideas predomina-. Pero a su vez, las posibilidades técnicas cibernéticas potencian como nunca la creación de nuevas e impensables formas de expresión y nuevos conocimientos.

Como en la Antigüedad, en Internet la creación puede correr sin control ni fijación, y si la hay, como el manuscrito, este tiene un valor muy importante en conservar y transmitir la creación. Pero como en la era de Gutenberg, Internet puede reproducir copias masivamente. Pero a diferencia de una y de otra, la difusión es infinita y la disponibilidad de información también.

No se requiere el control de la copia, al menos por razones económico-técnicas<sup>309</sup>. El valor de la obra o creación radica en sí misma, y no en los costes editoriales o de producción, basados en la copia. La "espiritualización" de la obra conduce a una "espiritualización" de la institución, pero no se traduce en un "adelgazamiento" de los ingresos económicos del autor. Y ello porque la red puede ofrece muchas posibilidades.

De manera que, la dimensión económica del derecho se espiritualiza: provendría de autorizar la entrada en la red, y, en su caso, de tiempos limitados y útiles de comercialización<sup>310</sup>, ligados a otros servicios, dejando correr, en general, la copia privada libre. La comercialización no se basaría en el número y control de las copias, sino en el prestigio del autor, el interés que despierte la obra y su predicamento a través de otros canales y fórmulas de medición, que bien pueden estar algunas en el mundo real. El propio Internet puede suministrar un mercado "tradicional "paralelo". Y las facultades morales se fortalecen o desaparecen en tanto se enraícen al hecho de la creación en sí misma, como después se explicará.

---

<sup>309</sup> Se sobreentiende que existen en la red otras maneras de compensar e incentivar económicamente a los autores y titulares de obras, que no se basan básicamente en la explotación y control de la copia.

<sup>310</sup> Donde los mecanismos técnicos son necesarios, y su validez funcional será temporal.

### 3.3.1.3. Cesión: su Aplicación y Cambios

---

Nada obsta para afirmar, en principio, conforme la legislación vigente, que los modos de cesión de las facultades patrimoniales siguen siendo la mismas que siempre, *inter vivos* o *mortis causa*. Y en el primero, mediante las relaciones jurídicas posibles, que cristalizan en diferentes contratos: cesión mediante relación laboral, civil o en su caso mercantil. Lo que no se escapa a estas alturas, es que resulta altamente de difícil de aplicación, el seguimiento y observancia de los contratos, que en materia de propiedad intelectual, puedan celebrarse para la difusión de las obras en la red, sin entrar en cuestiones concretas respecto a contratos ya celebrados y su posible extensión a la red<sup>311</sup>. Sirve una primera lectura de las normas sobre transmisión de los derechos<sup>312</sup> en materia de propiedad intelectual, como las españolas, para, conociendo el funcionamiento técnico de Internet, afirmar que en su gran mayoría no se pueden ni asegurar, ni observar ni aplicar. Estas disposiciones basadas en las sucesivas autorizaciones, por escrito, del autor o titular para cada o cierto número de explotaciones nuevas previamente no consentidas, en un tiempo, territorio y forma convenida, en exclusiva o no exclusiva, por un precio convenido, remuneración que suele ser proporcional, aunque también a tanto alzado, parecen de imposible aplicación salvo que se provean instrumentos técnico jurídicos que faciliten su eficacia. Toda la problemática ha sido puesta de manifiesto en el capítulo anterior, donde se hicieron las preguntas a las que ahora se intenta dar respuesta. Si, como

---

<sup>311</sup> La Ley española 1/1996, de 12 de abril en el art. 43.5 establece: "La transmisión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión.". En el mismo sentido hay que entender la ley americana, que en reciente jurisprudencia, caso *Yellow submarine*", película de los Beatles que la cas Warner quiso distribuir por vídeo, y un juez de California lo prohibió a pesar de que el Contrato contenía una cláusula general que incluía su posible difusión "por cualquier medio tecnico existente ahora inventado o por inventar".

<sup>312</sup> Real Decreto Legislativo 1/996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regulando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Título V. Teniendo en cuenta el artículo 57: "La transmisión de derechos de autor para su explotación a través de las modalidades de edición, representación o ejecución, de producción de obras audiovisuales se registrá, respectivamente y en todo caso, por lo establecido en las disposiciones específicas de este Libro I, y en lo no previsto en las mismas, por lo establecido en este capítulo"

señala Vega Vega<sup>313</sup>, lo que intenta el legislador es proteger mediante estas disposiciones imperativas a la parte más débil contractualmente, es obvio que, *prima facie*, parece que el autor puede resultar perjudicado, pero, yendo más allá, todavía más perjudicados, económicamente hablando, pueden resultar los empresarios editores, productores o exhibidores. Ambas partes pierden con la permanencia del régimen vigente.

A la luz de estas normas, no parece fácil, una vez la obra en la red, quizá incluso puesta por editor o productor que obtuvo el consentimiento del autor, que las nuevas reproducciones no autorizadas se hagan con el consentimiento del titular o que puedan controlarse el número de copias para la liquidación de derechos, entre otras razones porque el editor puede no haber recobrado ni una céntimo de la inversión, al no controlar la venta por copia. Al análisis de esta realidad, cabe afirmar, tras el examen de la legislación, que, básicamente, sólo es posible aplicar o tiene sentido aplicar, en el contexto cibernético, el primer consentimiento de dar la luz la obra por parte del autor y difundirla, sin consideración de número, tiempo o espacio, y su remuneración a tanto alzado.<sup>314</sup> El resto de la contratación puede quedar en papel mojado, si se trata de aplicar automáticamente la legislación vigente.

Sin embargo, la necesidad de cambios jurídicos, apoyados o apoyando la técnica, no es un descubrimiento ni para la doctrina y o el legislador, que ya en los Tratados Internacionales, o en la legislación nacional<sup>315</sup>, ha aprobado mecanismos técnicos de gestión y administración que bien podrían, *mutatis mutandis*, sostener los principios tradicionales de transmisión de derechos. Su utilización, si eficaz e infalible y de uso general, puede no sólo salvar sino renacer la voluntad soberana del autor sobre su obra y su ejercicio. Las Directivas intentan mantener el control mediante el reconocimiento y protección de las medidas técnicas de seguridad y la regulación de la

---

<sup>313</sup> VEGA VEGA, J.A., oc. p.141

<sup>314</sup> Arts. 46, 14 y 17, entre otros relacionados a los mismos.

<sup>315</sup> Véase los Tratados de la OMPI (WIPO) ya citados, al igual que la legislación reciente, al efecto, europea y americana.



responsabilidad de los proveedores de servicio<sup>316</sup>. De manera que, todas las medidas técnicas de contratación que se están ideando para el comercio electrónico son aquí realmente muy útiles (firma digital, mensajes encriptados, fedatarios públicos electrónicos.....)<sup>317</sup>. Es más, con esta transformación técnica del funcionamiento de la red, la variedad y riqueza de posibilidades de contratación y transmisión de la información a través de la red se vuelve más conveniente que nunca, pues el usuario podría disponer de una serie de servicios, usos, ayudas, dosis y combinaciones de información, que jamás ha disfrutado hasta el momento. Lo que no quiere decir que sin estos dispositivos no se pudiera antes, sino que ahora pueden "ser vendidos"<sup>318</sup>. El nuevo papel de las Sociedades de gestión en la red, vigilando, comprobando y administrando estos aparatos y sus funciones puede ser la vía de evolución y desarrollo de estos sujetos, que, a veces, se han mostrado ineficaces.

Ahora bien, no se puede negar el talón de Aquiles de estas tecnologías: no dejan mucho espacio real a los límites a favor del público y la información libre; podrían ser una forma legal de vulnerar el derecho a la información, además de no asegurar los derechos morales, y por otra parte, una vez obtenida la información, no pueden impedir la difusión ilimitada de ésta. Y aún más, restan dos grandezas de Internet: centralizan la información y disminuyen la velocidad de comunicación, pudiendo provocar cuellos de botella en los sistemas, entorpeciendo el libre y veloz flujo que caracteriza naturalmente a Internet

En este contexto digital, la Directiva Europea, y para evitar gran parte de la problemática que aquí se está detectando, en el penúltimo párrafo del artículo 6.4<sup>319</sup> de la Directiva descarte el recurso de los Estados miembros de la

---

<sup>316</sup> Véase las Directivas 2001/29/CE y la Directiva del Comercio Electrónico, ambas ya citadas, arts....

<sup>317</sup> Véase la información sobre un Convenio firmado con la Real Casa de la Moneda y el Colegio de Abogados, que promueve las comunicaciones electrónicas e impulsará correos electrónicos autenticados y más seguros. Todo ello en *Revista del Colegio de Abogados "Otrasi"*, Agosto-Septiembre.N.7 3ª época. p.7

<sup>318</sup> La importancia de la vía contractual ya ha sido puesta de manifiesto aquí, en obras citadas, e incluso en la Directiva europea de Derechos de Autor. Y hasta, como se visto, la contratación podría sustituir en gran parte el régimen del derecho de autor.

<sup>319</sup> "Tanto las medidas tecnológicas adoptadas voluntariamente por los titulares de los derechos, incluidas las derivadas de acuerdos voluntarios, como las adoptadas en aplicación de medidas adoptadas por los Estados miembros, disfrutarán de la protección jurídica prevista en el apartado 1. Lo dispuesto en los párrafos primero y segundo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que haya misma haya elegido".

desactivación de las medidas tecnológicas eficaces, en relación a los usos que la ley permite, respecto a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público, en virtud de un CONTRATO, de manera que personas del público puedan acceder a ellas desde el lugar y en un momento elegido. El Considerando 53 señala que esta excepción de la excepción no ha de regir en los casos de explotación no interactiva de servicios en línea. La trasposición de la Directiva a las distintas legislaciones de la Unión Europea puede conducir a una situación de diferencia jurídica entre los distintos países, según opte por la línea contractual o la aplicación efectiva de las contramedidas. El art.6.4 se aplicará mutatis mutandis en el contexto de las Directivas 92/100/CEE y 96/9/CE, dice la Directiva. Cuestión distinta es el control de estos posibles pactos contractuales, en su aplicación en la red, o la aplicación efectiva y armónica de las contramedidas.

Ahora bien, no se trata de rechazar indiscriminadamente estas medidas tecnológicas: estos sistemas podrían sólo gestionar la primera copia, y después dejar libre al usuario con su información. Ello podría disuadir a la copia sucesiva o su difusión masiva, y permitiría recaudar fondos para la compensación económica, al no atraerle al usuario nuevos actos para obtener la copia. Sin embargo, salvo que estos aparatos funcionen tan rápidamente como si no existieran para transmitir técnicamente la información, a través de los servidores propios o del proveedor, el efecto sobre la velocidad, instantaneidad y descentralización de la información en la red, se hará notar. Obviamente, los derechos fundamentales se resienten con estas medidas que impiden su pleno ejercicio, en relación a la potencialidad de Internet libre.

Se puede apreciar, que todo lo dicho, se desarrolla cuando no sólo usamos la memoria RAM sino también la ROM, y todos los soportes materiales informáticos o de otro tipo, que posibilitan

"la fijación estable material"<sup>320</sup>. Si se dejara todo ello a merced de la RAM aún permitiendo con ella el uso de la copia<sup>321</sup>, todo se transforma y adquiere una solución más fácil, beneficiosa y "nueva" en el ciberespacio. En otro caso se pretende "imitar" el mundo tradicional en el virtual, y las contradicciones florecen por doquier. Esta afirmación requiere una fundamentación y explicación pormenorizada que se hará mas adelante.

### **3.3.2. Derechos Morales: Facultades de Aplicación Automática. Facultades de Protección: Necesidad de Medidas Técnico/ Jurídicas.**

---

Nada dicen los Tratados de la OMPI citado, ni la legislación americana, ni la de Directiva europea ni, mucho menos, los acuerdos del GATT, de tan "romántica" cuestión como son las facultades morales del autor sobre su obra; luego hay que remitirse a lo ya establecido en el Convenio de Berna, aún no modificado. Nada dice tampoco la Directiva de Unión Europea<sup>322</sup>. La disparidad de Ordenamientos con un reconocimiento muy desigual de estas facultades, entorpece la difusión de obras mundialmente; pues, por un lado, los autores que los gozan no quieren verse privados de lo que constituye la unión más íntima con su obra, y por otro, los "explotadores" de las obras no quieren ver interferido el comercio mundial por tales "sublimes" facultades. Quedó expuesta la problemática emergente, y corresponde aquí detectar cuáles podrían sobrevivir en el estado "originario" de Internet y qué medidas técnico-jurídicas podrían, en su caso, salvaguardar los más preciados derechos de un autor sobre su obra. De la lectura de la legislación

---

<sup>320</sup> Define FENÁNDEZ BAOBIDE el concepto de "operaciones sobre un mensaje", que comprende memorización o almacenamiento, transmisión y transformación del mismo. Estas pueden ser complementadas por otras como la copia o la ordenación del mensaje. Véase: Fenández Baobide, C., ( Director de Operaciones de ERITEL), "Las nuevas tecnologías y las creaciones intelectuales"., en *Derecho de Propiedad Intelectual y las Nuevas tecnologías.*, Madrid, 1996.p.51

<sup>321</sup> Copia que, como se está diciendo, no tiene por qué ser gratis, aunque sí barata, por razones como: no tiene "casi" costes técnicos, sólo, y principalmente, de creación.

<sup>322</sup> Dice en los considerandos. " El derecho moral de los titulares de derechos debería ejercerse de conformidad con los dispuesto en la legislación de los Estados miembros, en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, en el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor y el Tratado de la OMPI sobre la interpretación o ejecución y fonogramas, que dicho derecho moral no entra en el ámbito de aplicación de la presente Directiva".

española, siguiendo la tradición civil europea, dos son esencialmente las que perviven a la libertad y posibilidades técnicas de Internet: ejercer la decisión soberana de dar a la luz o difusión de la obra por primera vez; y la de paternidad y no plagio, entendido como más tarde se explicará.

Efectivamente, "decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma"<sup>323</sup>, parece sólo posible cuándo se trata de la primera vez, pues después no parece factible que el autor o el titular pueda controlar fácilmente las nuevas difusiones. Esta facultad que se ha mostrado a lo largo de la Historia como troncal y definitiva en el nacimiento, régimen y evolución del derecho de autor, vuelve a mostrar su "esencialidad" en el contenido de este derecho. "Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra"<sup>324</sup>, parece una exigencia lógica, con independencia del medio de difusión y el grado de originalidad añadido por el autor, pues, así las cosas, "aquello" tiene una procedencia inmediata que a él remite. Tal exigencia debe aplicarse, pues la copia de la información, aún reproducida legalmente, requiere atribuirse a su autor. Y si reproducida con otro nombre, o sin reconocimiento, salvo que sea voluntad del autor, es contrario a su facultad esencial, y corresponde al Estado su persecución y castigo. Claramente, aquí es donde Internet se hace "indomable" en su estado natural, pues su detección, denuncia y determinación de responsabilidades puede requerir algo más que mucho tiempo. Alguna medida técnica es necesaria<sup>325</sup>, siempre que sea coherente con la institución y el libre funcionamiento de la Red. Los mecanismos técnicos de control y gestión de la información pueden prevenir la copia, pero no la utilización de la información que posteriormente se hará de la misma. Prohibir, en un medio por naturaleza interactivo, que se desprecien las posibilidades técnicas creativas no parece que sea una medida a favor del progreso de la Humanidad. Estos mecanismos, aún la

---

<sup>323</sup> Artículo 14, 1º, Ley española vigente.

<sup>324</sup> LPI española, art. 3ª. Y reconocimiento que no impide que el autor quiera usar "su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente".

<sup>325</sup> Los registros vuelven a tener un protagonismo que había decaído y que pueden permitir, rápidamente, mostrar y demostrar al autor cuál y cómo es originariamente su obra.

famosa firma digital<sup>326</sup>, pueden asegurar quien y lo que se envía, en ese momento, a través de esas herramientas técnicas, pero no la utilización posterior. Las posibilidades de copia con peor calidad o con "trampas" que delaten la copia "pirata", están pensadas en clave tradicional, pues en el nuevo mundo tecnológico tales esfuerzos son, como tras encontrar la fórmula de la eterna juventud, inventar antídotos contra su belleza. Tampoco puede olvidarse que estos mecanismos no son inteligentes, y pueden enviar obras plagiadas. Otra vez estamos ante cuestiones de detección y persecución que no son ajenas al mundo físico, sólo que en la Red se complican en extremo por la velocidad y globalidad.

El autor en el mundo cibernético, puede, como el autor en el mundo de los medios clásicos, permitir que se le copie, legalmente, pero, entonces como ahora, éste puede exigir que la copia sea fiel a su creación sin que se le modifique "ni una coma". Tal fidelidad unida al derecho de paternidad permite conocer realmente lo que ese autor creó, con independencia de que, con posterioridad, la obra sea "reproducida, tratada, alterada, tocada, reutilizada....." hasta la saciedad, sin autorización posiblemente en la red, por la gracia técnica que el medio permite. Puesto que la facultad de "exigir el respeto a la integridad de la obra o impedir cualquier deformación....." parece ser, en la vieja concepción, una práctica obsoleta. El autor, y menos el legislador, no debe impedir las posibilidades creativas y difusivas de las nuevas tecnologías, que impulsan un mayor conocimiento y creatividad, pero ello no significa que no se tenga derecho a que "lo originario" permanezca fiel a quien lo creó, con independencia del curso creativo que puede producir como "fuente o material" de inspiración posterior. De ahí que Registros constitutivos, atacables con mejor prueba, puedan permitir anotar y recoger la paternidad y su criatura, dejando después correr libre la información por la red.

---

<sup>326</sup> Véase la Ley de la Firma Digital ya citada.

El Registro<sup>327</sup> permite que la realidad originaria se refleje hasta el infinito en la red, sea porque se reproduce la obra fielmente o porque se transforma o convierte en otra creación de otro autor, pero es posible volver sobre la aportación y el estado creativo de cada persona y su protección. Registro y libertad en la red son compatibles de esta manera, y el autor puede, si se trata de la totalidad absoluta de su obra, reclamarla como suya. Este podría ser el nuevo sentido de "plagio": respetar la totalidad de la información atribuyéndosela otro autor o atribuyéndosela con algunas alteraciones o modificaciones. El principio ahora podría ser el contrario<sup>328</sup>: no la cantidad que se copia sino que se cambia o altera, adjudicándose otro autor la totalidad como algo suyo. O si, atribuyéndosela a su autor, que éste pueda reclamar el absoluto respeto de la totalidad de su obra. También, otra facultad moral de difícil aplicación- la retirada de la obra del comercio por motivos morales- puede tener una nueva expresión legal si se aplica a su retirada por el autor de tal Registro, aunque no del flujo informativo generado después de su vehiculización en la red.

Es decir, el legislador se ve obligado a extender el llamado derecho de comunicación al "el derecho de poner a disposición del público", que no es otra cosa que el concepto de "público"<sup>329</sup> que subyace en todo acto de explotación, y resuelve así la cuestión del derecho de los titulares de los derechos afines, para autorizar que "sus prestaciones" se transmitan y exploten en la red. Se impone la realidad de nuevo: ante la imposibilidad, en este caso, de conceder cada acto de

---

<sup>327</sup> Por ejemplo: Yo escribo un poema o realizo una película, que se introducirá en la red. Sé que allí puede ser reproducida y tomada como objeto a partir del cual puede crearse una nueva obra, sobre la que yo no puedo reclamar nada, entre otras cosas porque mi obra preexistente puede haber quedado irreconocible o sólo en algunas partes o aspectos, donde quizá sí podría citarse, pero nada más. La manera de tener la prueba y la memoria, aunque yo tenga el manuscrito u original en mi haber, a efectos públicos y oficiales, de lo que es mi obra previamente es registrándola. Los registros automáticos en la red, gestionados no sólo por alta tecnología sino por las más autorizadas personas, físicas o jurídicas, como Sociedades de Gestión, pueden tener una fiabilidad absoluta.

<sup>328</sup> Plagio: allí donde se respete el original y se atribuya a otra persona distinta de su autor. O las modificaciones que se hagan sean manifiestamente insignificantes, puro pretexto, y se presente como una obra distinta. Es decir, siempre podremos medir la nueva aportación que se añade, al contrastarlo con el original en el registro.

<sup>329</sup> Como puesta a disposición física y jurídica al público de la obra, que está presente en cada acto de explotación.

explotación a estos titulares, que la ley les distinguía<sup>330</sup>, por imposibilidad técnica, lo hace el legislador de una vez por todas a través de "la puesta a disposición del público", que es el acto de transmisión en la red, mediante el cual la obra o prestación se consideraría "pública", e imputable como acto de explotación.

Ante el riesgo casi inminente de no poder mantener tales derechos, la Directiva hace un esfuerzo para su supervivencia, que podrían quedar reducidos prácticamente a derechos de remuneración<sup>331</sup>, una vez su entrada en la red, y a salvo la eficacia de los mecanismos técnicos de gestión. Asimismo, se les consideran "prestaciones" para impedir el agotamiento del derecho, que sería una especie de suicidio institucional. Sólo si las medidas tecnológicas encontraran la pretendida eficacia se produciría la gran oportunidad de fortalecer estos llamados derechos afines. Hay que remitirse a la problemática de control técnico en la red ya expuesto.

### **3.3.3.Límites: Límites Aplicables y Límites Inaplicables: Necesidad de Medidas Técnico / Jurídicas.**

---

A lo largo de estas páginas se ha ido mostrando la problemática de los llamados "límites" o excepciones a los derechos exclusivos de los autores y /o titulares. Situación que se resume en dos extremos: Límites ilimitables en Internet, con una acceso del público casi sin límites a la información; o, inexistencia de límites, con un control casi absoluto del autor /titular sobre sus obras, merced a los nuevos mecanismos técnicos de control que pueden imponerse en la red, y que, como se ha ido mostrando, son poco sensibles a la posibilidad del respeto de los límites. Aunque todavía ningún mecanismo ha resuelto la cuestión satisfactoriamente, pues cada creación de

---

<sup>330</sup> Los productores de fonogramas no gozaban del derecho exclusivo de autorizar la radiodifusión o comunicación al público de sus fonogramas. El daño, en este sentido, ha quedado mitigado por el art. 2 de la Directiva 2001/29, que deroga el antiguo art. 7 de la Directiva 92/100

<sup>331</sup> Sobre los mismos, véase: ERDOZAIN, J.C., *Derechos de Autor y Propiedad Intelectual en Internet.*, oc. p.103

*software* en Internet, protegida legalmente, provoca su correspondiente reacción legal o técnica para desactivarlo<sup>332</sup>. Pero, es que además, algún legislador, consciente de las posibilidades de la tecnología digital a favor de la difusión de la información, puede decirse que ha prohibido los límites que en tecnologías tradicionales se establecían como necesarios, en aras al equilibrio de intereses, cuando regula las digitales. En la *Digital Millennium Copyright Act of 1998* norteamericana, ya citada, el preámbulo de la Ley, que refleja el debate y las distintas posturas previas a su aprobación, es patente que una de las cuestiones conscientemente no resueltas y que más preocupan es la de los "límites". Ley, cuyas medidas al respecto, deja mucho que desear al no contemplar en tecnología digital estas excepciones. No es el caso del legislador europeo de la Unión, que en la norma- Directiva ya citada- se muestra muy sensible al establecimiento de límites o excepciones<sup>333</sup>. Un extenso artículo 5 relaciona las excepciones a los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, cuya eficacia se confía a los mecanismos técnicos y su protección jurídica. Excepciones cuya naturaleza no difieren de las ya establecidas en el resto de los medios y cuya finalidad tampoco: el equilibrio de intereses públicos y privados. Aunque las excepciones, se entiende en la norma, han de ser repensadas a la luz de los avances logrados en la electrónica, y por tanto late su provisionalidad en su corte actual, y, hoy por hoy, se pretende trasladar el "mundo físico convencional" al mundo virtual Internet. La copia legal y la posible compensación equitativa a titulares y autores, no sólo suena razonable sino justo. Pero las cosas pueden complicarse cuando queramos controlar la copia después de su obtención a través del posible mecanismo de gestión, especialmente cuando la copia es digital.

También cuando se persiga la verificación auténtica de la finalidad o naturaleza del acto para la realización de la

---

<sup>332</sup> LESSIG, L., o.c., p. 180 y ss.

<sup>333</sup> La Directiva establece límites y excepciones fundadas: por un lado, se establece el principio de no causación de daño injustificado y no interferencia en la explotación normal de la obra. Por otro lado, se especifica una relación de causas y circunstancias cuya concurrencia exime de la solicitud de autorización previa al autor o titular del derecho.



copia legal. Y el problema del cómputo y distribución de la compensación equitativa<sup>334</sup>, art. 5, sin olvidar la dimensión mundial de todo ello. Pero las cosas se complican todavía más: la Directiva no descarta en diferenciar compensación económica equitativa "teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas de protección tecnológicas contempladas en la presente Directiva. (art.5.2.b). Determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo pueden no dar origen a una obligación de pago" (considerando 35). Y ello porque si difícil es el cómputo con medidas técnicas, casi parece imposible sin ningún control. De ahí que se afirme en el considerando 52 que de no establecerse voluntariamente las medidas técnicas que hagan posibles los usos privados, el mismo Estado las establecerá. Es una hermosa declaración de intenciones, que el tiempo demostrará su factibilidad. La Unión Europea no puede eludir la problemática de las copias de audio y vídeo, y su diferente impacto si se trata copia analógica y copia digital " debe facultarse a los Estados miembros para que establezcan una excepción al derecho de reproducción en relación con determinados tipos de reproducción de material sonoro, visual y audiovisual para uso privado, mediante una compensación equitativa.. La copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico.

El legislador quiere mantener el espíritu tradicional de las excepciones, sobre todo referido a soportes de papel y similares, de ahí que se relaje en el art. 5.2.a, y ni siquiera mencione los usos privados. Sin embargo, se vuelve muy exigente en el art. 5.2.b al pensar en digital, y de ahí que añada el 5.5 y art. 6.6. Los mandatos de respeto de las excepciones son de difícil mantenimiento en digital, por lo "escurridizo" de las razones que presenta el art.5.5 ( no perjudicar al autor, fin no comercial directo o indirecto..). Los contornos de lo comercial y no comercial son, ciertamente, escurridizos y susceptibles de interpretación.

---

<sup>334</sup> Se ha tenido conocimiento por la prensa que Alemania está barajando la posibilidad de establecer un impuesto sobre los ordenadores.

Por consiguiente, deben tenerse debidamente en cuenta las diferencias entre copia privada digital y la analógica, y debe "establecerse entre ellas una distinción en determinados aspectos", se dice literalmente en el considerando 38 de la citada Directiva. Y es que la Unión parece ignorar que el futuro ya es digital, y ahí es donde radica la más "cruenta" problemática en cuanto a las copias y su control. Y la letra del art.5.5 revela que "algo" se le escapa al legislador, y parece que la realidad técnica se le impone, pues no parece que el régimen vigente de "excepciones" se pueda mantener porque "las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1,2,3 y 4 únicamente se aplicarán den determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho". Sobre todo cuando la copia es digital: en el art. 6, en el último párrafo, se establece "Un Estado miembro podrá adoptar así mismo tales medidas respecto del beneficiario de una excepción....en virtud del art. 5.2. b, y en conformidad con el art. 5.5, sin impedir a los titulares de los derechos la adopción de medidas adecuadas respecto del número de reproducciones de conformidad con tales disposiciones". La limitación de copias digitales puede "aliviar" pero no solucionar, porque con una sola copia su propagación puede **ser** imparable.

El Estado tiene la "obligatoriedad de establecer medidas pertinentes" (art.6.4) para satisfacer las excepciones que provienen del 5.2.a) y 5.3 (papel y otros soportes similares); pero sólo "podrá"...establecer, cuando provienen del 5.2.b) (soporte digital).<sup>335</sup> El establecimiento y la observancia de las medidas tecnológicas en armonía con el respeto de las excepciones, establecido en la Directiva, es todo un encaje de bolillos, sobre todo si, además, se conjugan los artículos 5.5. , 5.2.b. y el 6.4. Y es por ello que el legislador comunitario, como se dicho más arriba, permita la vía contractual para,

---

<sup>335</sup> Art. 6. Apartados 4 y 5.

mediante acuerdos, solucionar la cuestión de los límites (art. 6.4 último párrafo).

Y además aunque el legislador pretende diferenciar cada facultad de explotación con su correspondiente "haz" de excepciones, a veces ello no es posible, como se muestra en el art. 5.4, cuando las facultades de "reproducción, distribución y comunicación pública" se confunden respecto a sus excepciones<sup>336</sup> en la red.

Ilustrativa es la reflexión del Senador de Missouri , y en relación con los Tratados de la OMPI<sup>337</sup>, en el debate de la precursora ley americana " When I was a professor,- I won't want to admit how long ago- I used to teach a television course. The very same procedures I used in analog technology for television transmisión might well have been illegal if the TV signal had been transmitted digitally. It is important that we give the capacity for distance education in the digital age the same potencial that we had for distance education in the analog age". Es decir, que lo que en analógico está permitido en digital está prohibido, e, irónicamente, se debate la posibilidad de dar el mismo potencial en las nuevas tecnologías que se dieron en las anteriores, dirigido, en esta ocasión, a la educación a distancia. Y, por ello, más adelante expresa "Additionally, this legislation begins the process to allow distance education in the digital world. We should not tolerate laws that discriminate against technology, instead we should seek to guarantee that what people can do in the analog that they can continue those actions in the digital world". Efectivamente, no se puede permitir que el Derecho discrimine contra las tecnologías, especialmente si estas representan un progreso para

---

<sup>336</sup> "Cuando los Estados miembros puedan establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción en virtud de los apartados 2 y 3, podrán igualmente establecer excepciones o limitaciones al derecho de distribución previsto en el artículo 4, siempre que lo justifique la finalidad del acto de reproducción autorizado.

<sup>337</sup> El reciente Tratado, citado más arriba, en su artículo 10, se establecen "Límites y excepciones", que no entren en conflicto con la normal explotación de la obra y que, irrazonablemente, perjudiquen los intereses del autor. En el párrafo segundo se añade "Contrating Parties shall, when applying the Berne Convention, confine any limitations of or exceptions to rights provided for therein to certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author".

la Humanidad. Y, tal reflexión, se hace todavía más sangrante, cuando el mismo sólo se está refiriendo a las excepciones para los colegios, universidades, estudiantes, educadores o bibliotecas y la educación a distancia<sup>338</sup>, sin mencionar el derecho individual que cada persona pueda ejercer y no sólo a través de esas instituciones o vías de acceso. El propio Senador recuerda como los intentos de frenar la tecnología no son nuevos en la Historia, y recuerda cómo en los años 70 se intentó, vía judicial, bloquear los aparatos grabadores de vídeo (Betamax video recorder). Por ello afirma que "I have sought to make clear that any such effort to use the courts to block the introduction of new technology should be bound to fail". Me uno a tal deseo, y espero que ninguna acción legal o judicial pueda bloquear la introducción y desarrollo de la nueva tecnología.

Más adelante, en el mismo texto explicativo de la Ley, se describe y pone de manifiesto la falta de "sensibilidad" de las nuevas tecnologías de control respecto a esos límites y excepciones, y se invoca un mayor esfuerzo por parte de las diversas industrias para mejorarlas : "I am pleased to note that multi-industry efforts to develop copy control technologies that are both effective and avoid such noticeable and recurring adverse effects have been underway over the past two years in relation to certain copy protection measures". Estas son, entre muchas otras, referencias al difícil asunto de la "*fair use*", o copia para uso privado, que, allí como aquí, es difícil, si se trata de imponer pensando en clave tradicional<sup>339</sup>. La razón de prestar tanta atención a este texto legal es porque, amén de ser ley pionera, también por la propia consciencia americana de su papel : "Foreign countries have been waiting for the U.S., as the world's largest producer of intellectual property, to take the lead in WIPO ratification before the ratify the WIPO treaty,

---

<sup>338</sup> Véase la página 93 del Vol.56.No.1377, donde se transcribe el preámbulo y la Ley.

<sup>339</sup> En la Directiva Europea, en lo que se refiere a la "compensación equitativa" establecida para las excepciones, quedan, finalmente, agudadas, pues el mismo legislador está "recordando" continuamente que depende, en cada caso, de la situación técnica para que se pueda aplicar o no. Es decir, si están funcionando los mecanismos de gestión y si éstos están dejando espacio a las excepciones. Igualmente, se tiene en cuenta si hay o no otras recompensas económicas. Habría que añadir que desde el punto de vista técnico-jurídico no es fácil el cómputo y distribución de la misma. En definitiva, las intenciones son buenas, pero la cuestión es cómo aplicar esto con realismo.

so this is an important step we are taking today.”. Es curioso que US no haya sido tan rápido en ratificar e implementar el Convenio de Berna, como ahora su modificación, en la que ha tenido un papel de liderazgo. Es obvio que el mercado electrónico que se ofrece al mayor productor de “*entertainment*” requiere llevar las riendas del proceso mundial.

Así la Ley establece en los Títulos tres y cuatro limitaciones a los derechos exclusivos: limitaciones de origen técnico a los derechos sobre los programas de ordenador, cuando se trata de la reparación o mantenimiento de las máquinas. Igualmente se permite las copias efímeras en formato digital a las empresas de radiodifusión con licencia para transmitir, y la difusión de una grabación, siempre que no sea en bases de suscripción. También estarán exentas estas compañías de responsabilidad por las copias que en los términos legales no suponen una violación de los mecanismos de prevención de copia y en relación a los usos permitidos, lo que requiere la participación del titular. En cuanto a las limitaciones de derechos exclusivos en orden a la educación a distancia, nada concreto hay establecido, salvo las premisas sobre las que se recomienda un futuro trabajo, que facilite determinar qué partes gozarán de ese derecho, qué obras y en qué porción, tipo de medidas técnicas que serían necesarias contra los accesos, usos o retención de material, como condición para abrir paso a las excepciones en la educación a distancia en tecnología digital. Y en lo que se refiere a las excepciones para bibliotecas y archivos, las novedades vienen dadas por que éstas pueden aumentar hasta tres copias que pueden ser digitales, a diferencia de la única copia facsímil permitida anteriormente. Los motivos de copia están tasados, fundamentalmente en orden a la preservación cultural y siempre que fuera necesaria su reemplazo por robo, fuego o si reemplazar en el mismo formato resulta muy caro. Se añade ahora un nuevo motivo, cuando el aparato necesario para la lectura de la obra digital sea comercialmente desechado. Tales copias, hasta un máximo de tres

en cualquier formato, incluido el digital- no estarán disponibles al público salvo bajo las premisas determinadas por la biblioteca, y en su posesión legal, y no estará permitida de otra manera su distribución.<sup>340</sup> Pero la ley no especifica exactamente esas premisas. Pero si el "*browsing*" sólo es permitido, como excepción, a bibliotecas para que puedan mirar las obras encriptadas y decidir su compra<sup>341</sup>, puede desprenderse que no se permitirá la copia privada digital en los usos públicos de la biblioteca, y por supuesto, tampoco el "hojear", salvo que el sujeto sea biblioteca o archivo o que se esté en la biblioteca. Es decir, lo que es una costumbre milenaria de hojear libros en tiendas o establecimientos, comienza a ser un privilegio para unos cuantos, con las novísimas tecnologías. Ahora bien, teniendo en cuenta que los modernos scanner introducen las obras de papel a formato digital en el propio ordenador, se nos apunta que todas "la puertas legales" que se ponen al libre campo de Internet pueden ser fáciles de abrir o burlar; salvo que se prohíba cualquier tipo de copia privada, con independencia del fin, y se prohíba, en consecuencia, las excepciones al derecho del autor.

Si la aplicación del vigente régimen del derecho de autor, aplicado sobre los nuevos soportes y tecnologías de transmisión, reducen a la "nada" la "*fair use*", usos didáctico científicos entre nosotros, o la "*first sale*", el agotamiento del derecho a la comercialización de la obra en el Derecho comunitario, a las excepciones en general; y los materiales libres de utilización cada día lo son menos en virtud del comercio electrónico y su necesidad de seguridad, vía criptografía, p.e, la conclusión a que se avoca es que la información libre real será muy escasa, salvo que estemos en disposición técnica<sup>342</sup> y monetaria de acceder, a través de los mecanismos de acceso y descifrado. Tampoco se trata que el "*free*" adopte aquí su doble

---

<sup>340</sup> Sec.403. A.2. "any such copy or phonorecord that is reproduced in digital format is not otherwise distributed in that format and is not made available to the public outside the premises of the library or archives in that format"

<sup>341</sup> Véase el Preámbulo de la Ley, p. 90

<sup>342</sup> No olvidemos que para que las medidas técnicas pudieran dar toda su eficacia, sin crear mayores males que los que se intenta remediar, es necesario que todos los usuarios dispongan de los mismos.

significación inglesa: libre y gratis. Sino que el respeto al libre ejercicio de los derechos en Internet , que ahora cobran otra vitalidad, conduzca a otras formas de remuneración, impensables hasta el momento. Y es que creo que la contradicción información finita / información infinita del Estado liberal democrático, como mercancía y como bien jurídico libre para el funcionamiento de las instituciones, se resuelve, por la realidad tecnológica, a favor de la información libre e ilimitable, pero tal nuevo estadio no deja desamparado al autor, sino que le ofrece una nueva gama de posibilidades<sup>343</sup>, como mercados secundarios, que antes no podía ni imaginar.

#### **3.3.4. Los Derechos Afines: Su Aplicabilidad o la Necesidad de Medidas Técnico / Jurídicas**

---

Sabemos que pueden ser los grandes perdedores para desgracia de la primera industria de audiovisual del mundo o la gran promesa del mercado de la propiedad intelectual en Internet. Es aquí como en ningún otro donde los mecanismos de control de la copia requieren su máxima perfección, y a su espera están las grandes empresas, temerosas del descontrol de su negocio<sup>344</sup>. Pero el temor es fundado, y no en balde la historia norteamericana, y su evolución jurídica, muestran cómo se ha ido perdiendo la batalla contra la tecnología: primero gramola, pasando por las grabadoras de sonido y vídeo, hasta los modernos aparatos de copia digital. Está en juego una de las primeras fuentes de ingresos del producto nacional bruto norteamericano<sup>345</sup>.

---

<sup>343</sup> Me estoy refiriendo de nuevo a la nueva economía de la información que Internet está provocando: desde la eliminación de costes para la difusión o publicación, los ingresos por publicidad, los sponsor, mercados secundarios a través del acceso a la obra, por ejemplo otros servicios, en la red o fuera de ella. Por ejemplo, este mismo libro, en la red y a través del e-mail, conectar con su autor para la asesoría de estas materias. O recibir ingreso por publicidad de editoriales o empresas a favor del progreso de la Humanidad, que después revertirán en sus respectivos ingresos. O posibilitar servicios, utilizando la técnica, a favor de otros investigadores, que a través del aparato crítico de la obra pueda acceder a toda la bibliografía o ramificación de ésta, en texto, para facilitar su propio trabajo y propiciar nuevos progresos.

<sup>344</sup> Tanto la legislación norteamericana como la europea muestran su preocupación y un atisbo de posible regulación, que no deja de ser una expresión de buenas intenciones en lugar de una regulación realista.

<sup>345</sup> Negocio que aplicaciones como Napster, MP3, P2P, etc...pueden echar abajo.

La Directiva Europea sólo contempla los derechos afines en el art. 3.2, y crea el derecho exclusivo en el ciberespacio, "que los Estados miembros concederán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que elija:..". Y se interpreta en relación a los arts. 5.2.b. (entorno digital) y 5.5. (excepción a las excepciones) 6 (medidas tecnológicas) ,y 6.4. último párrafo, (acuerdos voluntarios), precisamente para no dejar vacíos de contenido a estos derechos, al hacer efectivas las llamadas excepciones en el ciberespacio.

### **3.3.5. Derechos Fundamentales que Se Fortalecen o Resienten.**

---

A lo largo de estas páginas se ha detectado que los derechos que más se resienten al tratar de imponer, mediante nuevas medidas técnicas y / o jurídicas, el tradicional derecho, son precisamente los dos derechos cuyo equilibrio de intereses se pretende: el derecho de autor o propiedad intelectual y el derecho a la información. Las razones se han ido apuntando, pero básicamente se trata de los "cuellos de botella" que la centralización de la información puede producir a través de los mecanismos de control de copia, pues la rapidez de Internet se resiente, aún mejorando la llamadas autopistas de la información. Centralización referida a la gestión de la información sea por el autor, el proveedor o Sociedades de Gestión creadas "ad hoc". La descentralización de Internet se refiere al no control del tráfico, a la rapidez de su libre acceso y transmisión hacia otros rumbos insospechados, bastando la lógica de la técnica originaria para crear su propio orden. Ello no quiere decir que las obras y los autores no merezcan y requieran respeto y protección. Pero es que "amordazar" Internet de la manera vista es hacer perder oportunidades al autor y su creación, y a las posibilidades creativas. Asimismo es entorpecer el tráfico informativo y reducir su flujo, donde la



potencialidad es casi ilimitada<sup>346</sup>, lo que perjudica al derecho a la información de la persona y por ende se resiente todo el Sistema democrático como los intereses que respecta los derechos fundamentales que requieren de la nutrición de éste derecho preferente, siguiendo al Tribunal Constitucional español en reflejo de otros de mayor tradición democrática, incluso.

El derecho a la intimidad<sup>347</sup>, invocado tanto para su protección como por su "perversión" en Internet, juega una gran baza incluso para defender la libre circulación de la información, que encuentra en el e-mail su mejor refugio, para ponerse a buen recaudo del legislador. Pero sabemos que tampoco está libre de sospecha: que sean agencias estatales<sup>348</sup>, supuestamente independientes, las que posean las claves de descryptación de los programas, levanta "ampollas" referido a los derechos de libertad ejercidos frente al Estado; pero además sabemos por la prensa que el Estado podría estar manipulando<sup>349</sup> la técnica del *software* que todos utilizamos para entrar en nuestras entrañas por el ordenador.

---

<sup>346</sup> Como el inventor del *World Wide Web*, TIM BERNERS LEE, los describe "Philosophically, if the Web was to be universal resource, it had to be able to grow in an unlimited way. Technically, if there was any centralized point of control, it would become a bottleneck that restricted the Web's growth, and the Web would never scale up. Its being "out of control" was very important". Citado por Lessig, L., oc., p. 37. Como bien indica su creador, las Webs han nacido como un recurso libre y deberían crecer sin límites. Técnicamente, cualquier punto de centralización provocaría cuellos de botella que limitarían su crecimiento. El autor invoca la importancia de que las Webs permanezcan libres. También sobre las *World Wide Webs*, véase, entre otras: WALKER, JANICE R., "Protecting Cyberspace: Copyright and The World Wide Web", *Federal Lawyer*. May, 1996 MILLER, PEGGY A., "Copyright Protection on the Internet; Hyperlinks and Web Site Material. Fair Use Doctrine and The Internet", en *Practising Law Institute. Advertising Law in the New Media Age.*, September, 17, 1997 (también sobre los "links" y "framing")

<sup>347</sup> La Directivas del Comercio electrónico como la de derechos de autor, remiten y respetan las Directivas previas existentes al efecto.

<sup>348</sup> Así en la Ley General de Telecomunicaciones española, ya citada; y en el caso Norteamericano, véase las referencias ya citadas en anterior nota de este capítulo.

<sup>349</sup> Véase el Ciberp@ís, w.w.w.ciberpais.el.pais.es., n°. 79. Día 9 de septiembre de 1999, suplemento del jueves del País. Se titula en primera página. "Alarma por el espionaje informático norteamericano". Y se dice en texto: "Los expertos debaten si una clave en "windows" es la puerta de acceso para la agencia de seguridad, a la que atribuyen intromisiones sistemáticas en la red. .... La NSA y Microsoft han negado que se trate de un pasadizo a disposición de los espías. Dos gurús del cifrado también lo rechazan. Sin embargo, esta sospecha se suma al temor cierto que provoca el programa Echelon dedicado a la intromisión sistemática en la red por parte del Gobierno norteamericano".

### **3.4. Los Plazos: Su Difícil Cómputo. La posible necesidad de Medidas Técnico / Jurídicas**

---

Se extrae de lo visto en el capítulo anterior, que el cómputo de los plazos pueden mantenerse, pero por el propio funcionamiento técnico de la red puede quedar sin sentido su utilidad, a salvo de que un software seguro y eficaz pudiera remediarlo.

### **3.5. Territorialidad: Derecho Aplicable y Jurisdicción**

---

La cuestión de la jurisdicción<sup>350</sup> como la de derecho aplicable remiten al mismo debate respecto a las soberanías estatales en la regulación de Internet<sup>351</sup>. La falta de una determinación legal de "soberanía" en Internet, crea confusión entre los tribunales respecto a su legitimidad de establecer su jurisdicción sobre Internet<sup>352</sup>. Confusión que aumenta cuando se aplican los principios tradicionales a una materia que ya tradicionalmente ha creado numerosos problemas, dada su difusión transfronteriza. Y que progresivamente se ha ido agravando a medida que los modernos medios de comunicación escapan al control de un solo Estado e implican numerosas posibilidades de jurisdicción- radio o televisión-. Obviamente, también en este punto, es en Internet donde la problemática alcanza su clímax. Si el Convenio de Berna nace como una respuesta homogénea a los conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción entre Estados, en aras a la protección de los autores, con independencia de las fronteras, en su ámbito de aplicación, los países firmantes han

---

<sup>350</sup> Dice la Directiva del Comercio electrónico en el considerando 23: " No es objetivo de la presente Directiva fijar normas adicionales de Derecho Internacional privado relativas a conflictos entre legislaciones y no afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia. Las disposiciones de la legislación aplicable determinada por las normas del Derecho internacional privado no podrán restringir la libre prestación de servicios de la sociedad de la información tal como se enuncia en la presente Directiva".

<sup>351</sup> KOENIGSBERG, I. FRED., AND DE LA CRUZ, MARJ., "Current Issues in International Property" en Practising Law Institute., September, 1997, p. 5.

<sup>352</sup> En 2001, respecto al caso "Yahoo v. LICRA, un juez de California, JUDGE FOGEL, rechazó aplicar la sentencia de un francés respecto a éste asunto, al entender que Francia no tenía jurisdicción para retirar los mensajes hospedados en una WEB de un proveedor de servicios americano, donde el mensaje esta protegido por la Primera Enmienda.

establecido normas de Derecho Internacional Privado coherentes con este compromiso. Así puede apreciarse en la Legislación española y de Derecho Comunitario que en su armonización asumen estos Tratados Internacionales de amplia *vis normativa*.

Los principios de tratamiento nacional o principio de territorialidad, complementado con el principio de reciprocidad para países terceros o fuera de las previsiones de Berna, o de la legislación nacional en su caso, ha sido la posición común en este Derecho Internacional para solventar los conflictos. Si hasta fechas recientes, USA, fuera del ámbito de Berna, mantenía, principalmente, el principio de reciprocidad en sus relaciones de tráfico de autor, interesante sobre todo en lo que refiere a derechos afines- fonogramas, radiodifusión...- por su gran industria, y que le obligaba a dar un trato igual a los extranjeros pero a recibir el mismo fuera de sus fronteras perdiendo sustanciosos beneficios referidos a la interpretación pública de grabaciones que el *copyright* no protege dentro de sus fronteras. Ese "*it requires something for something*" propio del principio de reciprocidad, tiene también su reflejo en legislaciones que aplican el trato nacional a países "no de origen", al poder restringir este trato favorable si no reciben una consideración análoga, en detrimento de los intereses de sus autores. Este principio podría tomar ahora fuerza nueva en el contexto Internet, aunque como afirma Fraser<sup>353</sup> es de nuevo el principio de "trato nacional" el que se refuerza en los nuevos Tratados de la OMPI (WIPO), o en los TRIPs. Precisamente, ahora que la UE en su Directivas<sup>354</sup> comienza a abandonar el principio de territorialidad a favor del principio de aplicación de la legislación del "país de origen", y la regla del control en el origen<sup>355</sup>, que ya tuvo su precedente en la Directiva de Televisión por satélite y cable. Obviamente, esto entendido en

---

<sup>353</sup> FRASER, STEPHEN., "The copyright Battle: Emerging International Rules and Roadblocks on the Global Information Infrastructure"., en *John Marshall Journal of Computer and Information Law.*, Summer, 1997, p. 5 y ss.

<sup>354</sup> Tanto en la Directiva del Comercio electrónico como en las Directivas sobre el Derecho de autor, ya citadas, como la Directiva 93/83/CEE del Consejo de 27 de septiembre de 1993 sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

<sup>355</sup> Esta regla establecida expresamente en la Directiva del Comercio electrónico.

el marco europeo ha de entenderse con la necesaria armonización y homologación legislativa de todos los países miembros.

### 3.5.1. Su Posible Identificación y Aplicación

---

La identificación del Derecho aplicable y la determinación de la jurisdicción se complican "*in extremis*" al considerar la naturaleza de Internet, donde la ubicuidad es una de sus características principales. Para identificar el Derecho aplicable se requeriría previamente establecer, por ejemplo, cuál es el lugar donde se produce la difusión o incluso la posible infracción, el lugar físico, si alguno, donde reside la WEB o en el lugar donde el posible usuario esta accediendo y recibiendo la información o realizando el acto. Si se trata de aplicar el "principio de trato nacional", la cuestión es: ¿cuál es el territorio nacional soberano que debe dispensar este trato?.

Pareja cuestión, e incluso de más difícil resolución , es la de la determinación de la jurisdicción. Se afirma en la más moderna bibliografía en este punto "A primary source of confusión for courts'assessing the scope of their personal jurisdiction in cyberspace results from realistic assumptions inherent in contemporary personal jurisdiction doctrine. According to traditional civil procedure lore, the Supreme Court abandoned these realistic assumptions in ..... , in favor of a more flexible "*minimun contactacs*" test"<sup>356</sup>. Aunque referido al contexto norteamericano<sup>357358</sup>, y no exclusivamente sobre *copyright*,

---

<sup>356</sup> Fraser., Ibid.

<sup>357</sup> Teoría de los "mínimos contactos" de la "jurisdicción personal" del Derecho norteamericano. Su explicación, por ejemplo, MC CAFREY., *Transnational Jurisdiction*. International Programs. McGeorge School of Law. Sacramento, California, 2001. También, HEINKE, REX S., AND BANDLOW, LINCOLN D., "Copyright Protection on the Internet. Personal Jurisdiction In Cyberspace" *Practising Law Institute*. September, 17, 1997 Y la posición de la Directiva del Comercio electrónico: "Se debe determinar el lugar de establecimiento del prestador de servicios a tenor de lo dispuesto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual el concepto de establecimiento implica la realización efectiva de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un periodo indefinido.....Cuando se trata de una sociedad que proporciona servicios mediante un sitio Internet, dicho lugar de establecimiento no se encuentra allí donde está la tecnología que mantiene el sitio ni allí donde se puede acceder al sitio, sino el lugar donde se desarrolla la actividad económica."..(considerando 19).

bien puede ser extensible esta la problemática en general sobre los contactos que se mantienen a través de las *webs* o a través de otros medios en Internet.

Este problema en Estados Unidos ha dividido las posiciones, en relación a los casos Internet: Interpretar que el lugar donde radica la *Web* y opera el posible demandado es fundamento básico para aplicar la jurisdicción, desde que éste toma ventajas desde allí y en relación con otros Estados. La otra posición viene dada por un mantenimiento de la jurisdicción personal, que llevaría a perseguir cada acto allí donde se haya producido el acceso a la *Web*. Sin embargo, últimamente ha emergido una postura más conciliadora con ambas radicada en el examen no sólo de la posible prevaencia del titular de la web sino también el grado de interactividad y presencia en esa web de los usuarios para determinar la posible jurisdicción. La regla del control en el origen, establecido en el ámbito de la Unión europea, en el caso concreto del tráfico de derechos de autor, puede quedar muy matizado por la excepción que el artículo 3.3.de la Directiva del Comercio electrónico, en cuanto al Derecho aplicable. Quiere decir, excepcionar al Derecho nacional en cuanto a la libertad de prestación. Naturalmente esto parece problemático en relación a terceros países no comunitarios<sup>359</sup>.

En el caso concreto del derecho de autor, y en los términos más supranacionales hasta el momento, las previsiones de Berna, provocarían todos estos conflictos desde que el tratamiento de derecho nacional exige previamente determinar donde se reclama la protección, determinando para las obras literarias si hay o no publicación en un determinado lugar, o si existe suficiente radicación espacial, para algunos derechos afines, como en el caso de la radiodifusión, teniendo en cuenta también el Convenio de Roma. Todo ello inmerso en la naturaleza de Internet, en su

---

<sup>359</sup> Véase el considerando 22. Quizá en este punto lo que se está llamando es al "principio de reciprocidad". La vocación global y universal no es desconocida por la Directiva, que aboga por soluciones extrajudiciales y la necesidad de ofrecer acceso a los procedimientos judiciales por medios electrónicos adecuados. Véase el considerando 52, y los artículos: 1.1, 16, 17,18, 19 y 20.

ubicuidad, velocidad y profusión de tráfico casi incontrolable, hace muy difícil aplicar todos esos principios, sobre todo, cuando el número de casos en cuestión sea tan masivo como difícil de atender con rapidez las demandas. Sin obviar problemas como las diferentes tradiciones jurídicas de este derecho que dependiendo de la determinación de jurisdicción se aplicarían, o el hecho de establecer una web bajo una posible jurisdicción más benévola para nuestros intereses.

En los recientes Tratados de la OMPI, sobre derechos de autor y derechos vecinos, basándose en el art. 20 del Convenio de Berna, intenta que los pactos entre países ,siempre más favorables que las propias previsiones del Tratado, puedan solventar algunos de los problemas. Asimismo, en materia de los llamados derechos vecinos se pretende el avance del principio de reciprocidad, que en Internet puede cobrar gran vitalidad<sup>360</sup>. También se aprecia este reforzamiento en los Acuerdos TRIP, y en la WIPO en relación a estos derechos.<sup>361</sup> La erosión del tratamiento nacional es patente y se intenta remediar con el principio de reciprocidad.

### **3.5.2. Su Difícil Determinación: Necesidad de Medidas Técnico / Jurídicas**

---

Como se ha dicho más arriba, sólo la imposición de las llamadas barreras electrónicas permitirían la aplicación del régimen vigente conforme a los principios territoriales establecidos.

## **CONCLUSIONES**

**1.-** Al intentar averiguar si las medidas técnico jurídicas necesarias para mantener el régimen jurídico vigente del derecho de autor desnaturalizan Internet libre, o si por el contrario

---

<sup>360</sup> Fraser, oc. p. 7

<sup>361</sup> TRIPs, art.4., y en los Tratados de la WIPO (OMPI) ya citados.

queda intacto o incluso mejora, parece que la necesidad de establecer mecanismos y filtros técnicos que permitan conservar tal régimen puede provocar "cuellos de botella" y "centralización" que afectan tanto al libre flujo informativo en la potencialidad de Internet como a las posibilidades creativas que se reducen. Repercutiendo en la naturaleza libre de la Red y en los derechos fundamentales, y en consecuencia también en el sistema democrático. Se requiere una posición político jurídica en función de los derechos fundamentales para el gobierno de Internet.

**2.-** La falta real de "materialización" y de control de la difusión "on-line", por la velocidad de la transmisión, desvanece técnicamente la facultad de reproducción y en consecuencia también el resto de las facultades patrimoniales que traen causa de la misma. Se requiere para su mantenimiento la "ficción legal" de la "fijación material estable" y la ayuda de los mecanismos técnicos de control. Pero de hecho, se reduce técnicamente todo tipo de actos a uno sólo en la Red, el de transmisión, salvo que legal y técnicamente se haga posible un control de cada acto distinguible y por separado. Para ello es necesario que en algún lado exista la "referencia material", es decir, la memoria ROM puede preservar y retener las formas o expresiones y la memoria RAM puede reflejar lo allí fijado como un espejo, para potenciar el conocimiento y el goce estético, en su caso, pero sin copia material convencional. Virtualmente podría imitarse "on-line" "el control de la copia" a través de "control de accesos" y que tal control sea incluso más intenso y exhaustivo. Por otro lado, la problemática de la copia material con calidad digital que la Red permite existe cuando existen copias materiales, ya sea en ROM, diskettes, CDs, DVDs, papel o soportes informativos materiales, en general.

**3.-** Si se asume que "on-line" existe la fijación material estable de la creación, resuelve puntualmente la cuestión, pero provoca serios problemas al aceptar tal "ficción" pues la

llamada propiedad intelectual se funda en el control de la copia material. Este forzar las cosas fuerza a Internet y se resienten los derechos fundamentales.

**4.-** Tanto las facultades patrimoniales como las morales quedan afectas en el contexto digital, pero es obviamente el contenido espiritual o moral el más delicado pues no admite excepciones o límites. Es en relación a éstas donde la naturaleza técnica de Internet se muestra indomable, pues se requiere algo más que mecanismos de gestión y control de copia para su preservación, lo que quizá conducirá a la "monitorización" de previa de la información , que podría ser el pretexto para una nueva censura, como lo fue históricamente. La insensibilidad de los mecanismos de control es el gran talón de Aquiles para mantener el régimen vigente en la Red, pues no se compadecen con las facultades espirituales ni dejan mucho espacio para los derechos del público a la libre información. Pero aún más: tampoco aseguran el uso posterior de la copia material una vez obtenida, sobre todo a través de las nuevas tecnologías como las redes P2P. Y sin olvidar otra vez que restan dos grandes bondades de Internet libre: se centraliza la información, a riesgo de cuellos de botella, disminuyendo el libre y veloz flujo informativo que Internet permite.

**5.-** En un esfuerzo de mantener la eficacia del derecho de autor y su protección en Internet, el derecho a la privacidad e intimidad puede ser el gran amenazado; y también puede su defensa constituir el mejor argumento a esgrimir para preservar la libertad en el ciberespacio, y, a nuestros efectos, la libertad de información.

**6.-** La facultad troncal de la primera decisión del autor de difundir o transmitir la creación se vuelve a manifestar históricamente persistente en el contenido del derecho. Sin embargo, la transmisión de la misma posterior requiere de controles técnicos. Las posibilidades de contratación en la Red



podría tener una amplísima gama en virtud de la variedad de usos y servicios posibles. El nuevo papel de la Sociedades de Gestión se hace indiscutible .

**7.-** La nueva legislación debe tener en cuenta los nuevos sujetos técnicos y creativos, así como nuevas manifestaciones creativas, incluso materiales informativos con escasa dosis de originalidad. Sin ignorar que el comercio electrónico podría poner bajo control incluso aquello que tradicionalmente quedaba a libre acceso del público, provocando sequía informativa.

**8.-** La naturaleza de Internet sin fronteras que técnicamente permite la ubicuidad de la información, donde la soberanía sobre la red no está preestablecida con los mencionados problemas de jurisdicción y derecho aplicable, está paulatinamente desplazando el principio de territorialidad por el de reciprocidad.

## **CAPITULO IV**

---

### **IMPACTO EN LOS PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES**

---

#### 4.1. El Gobierno de Internet: Del Sistema Técnico y de las Conductas en su Espacio

---

Afirma el gran experto americano en propiedad intelectual, Lawrence Lessig, en relación a Internet "que estamos haciendo el ciberespacio, no descubriendo su naturaleza. Los legisladores y políticos serán responsables en parte de lo que será el ciberespacio"<sup>362</sup>. Asimismo afirma que no tiene una naturaleza permanente, sino que se trata de un lugar de ilimitada plasticidad<sup>363</sup>. Que el llamado fenómeno técnico "Internet" no es obra de la naturaleza, sino producto de la inteligencia del hombre y, por lo tanto, conformable y modificable hasta casi el infinito, conforme a orientaciones ideológicas, económicas y técnicas, no sólo es un pensamiento de sentido común sino que ha sido aplicable a otros medios de comunicación<sup>364</sup>. En definitiva, que hay que diferenciar entre el "invento técnico" y el "invento político-social", consecuencia este último del uso o abuso y entendimiento que se haga de aquel. Por lo tanto, parece oportuno aclarar en este punto qué se entiende por la repetida expresión "naturaleza técnica de Internet" y su "desnaturalización".

Obviamente no se afirma que Internet sea obra de la naturaleza y por lo tanto hecho de una vez por todas; tampoco que el sistema de relaciones sociales, económicas, etc., que en él se generan, no sean consecuencia de decisiones humanas, en cada momento. Lo que se afirma en este trabajo, es que Internet nace técnicamente con unas características esenciales y básicas que permiten unas aplicaciones y usos exclusivos únicos en toda la Historia de los medios de comunicación de la Humanidad. Lo

---

<sup>362</sup> LAWRENCE LESSIG., "Reading the Constitución in Cyberspace", 45 *Emory L.J.* USA, 1996, p.p. 869 a 904. "they are making, not finding, the nature of cyberspace; their decisions are in part responsible for what cyberspace will become".

<sup>363</sup> Ibid. p. 888 "cybespace has no permanent nature, save the nature of a place of unlimited plasticity".

<sup>364</sup> Por ejemplo, cabe reflexionar, como ya se ha hecho hasta la saciedad, sobre la televisión. Aquello de que ésta no es buena ni mala sino conforme al uso que se dé es incuestionable. Ahora bien, la televisión es un invento técnico que proporciona unas aplicaciones, que después se pueden sobrevalorar o infravalorar en su uso. A la televisión en blanco y negro le siguió la televisión en color; y a la televisión por ondas hertzianas la televisión por satélite y por cable e incluso interactiva. Su "naturaleza técnica" básica y esencial se ha ido mejorando y potenciando pero nunca frustrando o mermando. Obviamente, los Estados y gobiernos, con sus políticas y legislaciones, han podido retardar su implantación o mermar sus posibilidades técnicas limitando o prohibiendo, para la consecución de sus fines. Pero una cosa es la posibilidad técnica posible, y otra la aplicación y usos de ésta con arreglo a fines ideológico-político o económicos.

que no quiere decir que no pueda ser mejorable. El invento técnico es así, aunque susceptible de modificaciones y mejoras, que incluso puedan hacerlo evolucionar hacia otro de más posibilidades y grandeza. Ahora bien, la concepción ideológico, político-social y jurídica que se haga del mismo puede crear una gran variedad de modelos, bien a imagen y semejanza del espacio real, o, respetando las características exclusivas del mismo, diseñar un nuevo modelo<sup>365</sup>. Mientras que el "invento técnico" tiene un grado de objetividad y permanencia que permite su observación para implantar normas; el "invento social" es un producto de decisiones de políticos, juristas, técnicos y mercados, que es lo que "estamos creando", y no está en la naturaleza técnica de nada.

Por tanto, la "desnaturalización" vendría de políticas, normas o conductas que intentaran reprimir, limitar o dejar sin sentido, toda la grandeza que técnicamente este avance científico trae consigo para la Humanidad; o de aquellos mecanismos técnicos que por sí mismos o por su uso sofoquen o apaguen más que mejoren o potencien las "bondades" del ciberespacio. Así pues, esta desnaturalización sí tiene unas consecuencias o impacto constitucional muy importante, como se está intentando analizar respecto al derecho de autor. Se ha visto que los derechos fundamentales<sup>366</sup> no son inmunes a este impacto, pero además el radio de acción del mismo alcanza a los principios y valores constitucionales. Es decir, en un esfuerzo de abstracción mayor, se pretende observar no sólo cómo se afecta a la información, sino, y como consecuencia, a mayor escala, alcanza los pilares constitucionales<sup>367</sup> que también tiemblan.

---

<sup>365</sup> El modelo de comunicación afectará directamente al modelo político, social y económico e incluso a su desarrollo técnico. Pero también al revés, las normas legales, la evolución del mercado y los progresos técnicos influirán en el desarrollo y evolución de la comunicación, y por tanto en el sistema técnico y social de Internet.

<sup>366</sup> SIVERGLATE, HARVERY A., and CORMIER, P.G., "Old Wine in New Bottles: Cyberspace and the Criminal Law", Boston Bar Journal., May/June, 1997. En el mismo se reflexiona, a la luz de algunas decisiones jurisprudenciales, cómo una mal interpretación y aplicación de las leyes vigentes en la red puede resultar en un "atropello" de las libertades civiles conquistadas a lo largo de los siglos.

<sup>367</sup> TRUBOW GEORGE B., "Constitution vs. Cyberspace" en *Business Law Today*, March/April, 1996

CHON MARGARET., "Radical Plural Democracy and the Internet" . *Symposium: Towards a Radical and Plural Democracy.*, California Western Law Review., Spring, 1997

#### **4.2. Impacto Constitucional de la Desnaturalización Técnica en el Equilibrio Informativo: Información Libre/ Información Protegida.**

---

La aplicación del régimen vigente del Derecho de autor implica, en coherencia, la aplicación general del Derecho vigente. Y no sólo la observancia del primero requiere de medidas técnicas y jurídicas que "mueven" la arquitectura Internet y sus funciones de máxima libertad<sup>368</sup>, sino también del segundo, como fundamento lógico del primero<sup>369</sup>. Se trataría, en definitiva, de dejar las cosas como están en "el mundo real". En simetría, se aprecia que una posible regulación de Internet en materias como el comercio electrónico no deja insensible al derecho a la información, y, viceversa, la regulación de éste condiciona a aquel. La Directiva de la Unión Europea de Comercio electrónico, y, en consonancia, la Ley española de Comercio Electrónico, lo reflejan claramente. La contemplación de los mensajes electrónicos o la responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de servicio por el contenido de los datos e información transmitidos son una muestra<sup>370</sup>. Se ha visto por el capítulo anterior, que la necesidad de medidas técnicas y jurídicas para implantar el mundo real en el mundo virtual conllevaría, en muchos casos, la afectación de derechos fundamentales, como el derecho de autor o el derecho a la información, que desde su coincidencia radical en un resultado de "información"<sup>371</sup>, ésta se ve influenciada tanto en su dimensión pública, como flujo social libre, como en su dimensión privada, de producto informativo restringido. Es decir, tanto como proceso de comunicación en el régimen democrático, garantía

---

<sup>368</sup> Sin ignorar que el posible caos que tal libertad puede generar a nivel mundial puede requerir, precisamente para el mejor aprovechamiento general comunitario, de medidas técnicas que permitan su gobernabilidad o racionalidad para su mejor rendimiento. La libertad que permite puede volverse en contra de la libertad de muchos o sólo a favor de la de unos pocos favorecidos.

<sup>369</sup> Véase el excelente artículo que recoge todo un seminario en la Universidad de Harvard: "Developments in the Law. The law of Cyberspace". *Harvard Law Review*. Vol. 112. May 1999. N°. 7 p. 1575-1722

<sup>370</sup> Ley de servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico, Ley 34/2002, de 11 de Julio.

Y sobre su Anteproyecto véase, la *Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, "Otrosí", n°. 14, Abril 2000, p.78

<sup>371</sup> CHIN ANDREW., "Making the World Wide Web Safe for Democracy: A Medium-specific First Amendment Analysis"., *Hasting Communicat and Entertainment Law Journal*, winter, 1997

necesaria para la formación de la llamada opinión pública<sup>372</sup>, y del principio de legitimidad democrática, y como mercancía que satisface intereses privados en el mercado.<sup>373</sup> La importancia de la información para la satisfacción de los derechos fundamentales, y el valor irradiante de los mismos en todas las instituciones constitucionales democráticas, tiene como corolario la trascendencia o impacto que la información produce sobre todos los principios y valores que subyacen en las Constituciones<sup>374</sup>. Derechos, principios y valores que encuentran a nivel supranacional su objetivación en las principales Declaraciones de Derechos Humanos, Pactos y Convenciones, así como en la jurisprudencia de los Tribunales de Derechos Humanos Internacionales, y por su incorporación en las Constituciones nacionales y aplicación por Tribunales Constitucionales del mundo democrático.<sup>375</sup> Este referente supranacional objetivo permite extender la reflexión a todos los ordenamientos constitucionales democráticos, sin perjuicio de matizaciones particulares en orden a los distintos sistemas jurídicos. En esta lógica están surgiendo interesantes propuestas para que los derechos humanos estén vigentes en el ciberespacio<sup>376</sup>.

Cabe aclarar que, desde el punto de vista constitucional y de los derechos fundamentales, soluciones desde una concepción dogmática liberal o desde la institucional funcional, puramente, son en ambos casos, en principio, arriesgadas. Por otra parte, el concepto de Estado y sus funciones en el Ciberespacio, aún no definido, serán determinantes para contrastar la validez de estas teorías en la Red.

---

<sup>372</sup> Con posibles excepciones que la sustraigan del conocimiento público en aras de otros derechos fundamentales más personalísimos o de otros derechos sociales de interés comunitario superior.

<sup>373</sup> Un estudio de los derechos fundamentales desde las distintas dogmáticas, la liberal y la dogmática institucional-funcional: VILLAVARDE MENÉNDEZ, IGNACIO., *Estado Democrático e información: el derecho a ser informado.*, Asturias, 1994

<sup>374</sup> Para una diferenciación entre derechos, principios y valores, consúltase: *La interpretación de la Constitución.*, ENRIQUE ALONSO GARCÍA. Madrid, 1984. ARAGÓN REYES, M., *Constitución y Democracia.*, Madrid.

<sup>375</sup> Naturalmente que la reflexión sólo es válida en países democrático constitucionales. Los no democráticos, como por ejemplo China o Irán, se han apresurado en interceptar sus servidores de servicio para no permitir la entrada de información extranjera general o sectorial. El libre flujo informativo es consustancial de la democracia, y de ahí la importancia de todo lo que "perturbe" ese libre flujo.

<sup>376</sup> La propuesta de declaración en el ciberespacio presentada por ROBERT B. GELMAN : cyberguy@bgamedia.com)-Verbum, Inc. & *The Digital Be-In-en*: [www.bein.com/9/ten/rightsdec.html](http://www.bein.com/9/ten/rightsdec.html), propugna que los derechos humanos estén vigentes en el ciberespacio.

Véase la *Revista del Colegio de abogados* de Madrid, "Otrosí", de Marzo 2000, nº13, p. 84

Por supuesto, se parte de la idea de que no necesariamente todos los posibles mecanismos técnicos aplicables, o sus usos, útiles para un buen aprovechamiento racional de Internet, desnaturalizan al mismo. Es de esperar de la industria del Software inventos técnicos que permitan utilizar Internet por todos y que repercutan en las bondades del sistema, contribuyendo, por ejemplo, a una nueva economía y por ende, a la compensación crematística del creador, sin merma de la extensión del conocimiento público de la información, que originariamente permite el ciberespacio. Pero sí se rechazan de plano, aquellos que se convierten en auténticas barreras o cuellos de botella o que inciden en una explotación económica de la obra tan exhaustiva que deje sin sentido el fin de la institución: la promoción de la creación científica, literaria o técnica, que no sólo se consigue compensando económicamente al autor, sino poniendo a disposición del público la información para su aprovechamiento en nuevas creaciones<sup>377</sup>. En definitiva, sí a mecanismos para "ordenar", no para "reventar" o sofocar la grandeza con la que nació Internet. No sólo la técnica, sino que el Derecho y el mercado deberán de acompañarse para tal finalidad.

En el orden metodológico iniciado, se impone observar ahora, desde una perspectiva constitucional, cómo podría incidir la implantación del orden informativo del mundo real actual en el virtual, y sus consecuencias en principios y valores constitucionales. Orden informativo que nace de la fuente creadora del autor y en su regulación vigente. Teniendo en cuenta que una vez que el autor crea su información, al ejercer la decisión de difundirla, la convierte en el mismo objeto de dos derechos: derecho a la información y derecho de autor. Y todo lo que opere sobre la misma, no le es ajeno a ninguno de ambos derechos ni al resto de los derechos fundamentales, así como a los principios o valores constitucionales.

---

<sup>377</sup> En este sentido, parece muy elogiable la decisión que tuvo en su día el Gobierno Clinton en poner a disposición libre en la red, para el conocimiento público, toda la información sobre el genoma humano, precisamente para impedir el entorpecimiento que en su avance científico se ha producido debido a los intereses de las Empresas privadas en obtenerla en exclusiva para su patente.

Se examinarán, en general principios y valores constitucionales, teniendo en cuenta categorías relevantes en el objeto de este trabajo: espacio público / privado, intereses públicos / privados, sujeto privado /sujeto público.

#### **4.2.1. Impacto en los Valores y Principios Comunitarios Democráticos**

---

La interrelación comunicación-comunidad<sup>378</sup> es una idea común en el ámbito del Derecho constitucional, y de ahí, entre otras, la reiterada jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, como el nuestro, en la que la prelación del derecho a la información frente a otros derechos tiene fundamento en su valor institucional como creador de la opinión pública, y de su necesidad para el principio de legitimidad democrática. Los principios de libre flujo informativo y principio de legitimidad democrática se acompañan y retroalimentan, siendo, no en balde, pilares del los Estados constitucionales democráticos de Derecho<sup>379</sup>.

*Prima facie*, parece irrefutable que Internet puede generar tanto libre flujo informativo, que permite que el presente sea, sin precedentes, la oportunidad histórica única para una total democracia, incluso, directa. Sin embargo, un análisis pormenorizado arroja luz y devuelve dudas respecto a la primera optimista visión. Y ello porque cuando el mundo real se traslada al virtual, imponiendo el Derecho vigente por todos los medios, la exclusividad técnica del medio muestra su rebeldía y sus posibles efectos contrarios en valores y principios constitucionales.

La interrogante de hasta qué punto es trasladable el mundo real al virtual se proyecta en este campo en varios sentidos: si las llamadas "*comunidades virtuales*" **son equiparables a las**

---

<sup>378</sup> Véase, por ejemplo, a GONZÁLEZ CASANOVA, J.A., *Comunicación Humana y Comunidad Política*, Madrid, 1968

<sup>379</sup> LESSIG LAWRENCE., "Post Constitutionalism", *Literature Reviews&Analyses. Michigan Law Review*, May, 1996.



**reales** y si pueden regularse igualmente. Si constituyen espacios separados o pueden interaccionarse con el real en un todo, es decir, hasta qué punto el virtual puede influir en el real y como éste puede determinar aquel. De todo ello se extrae una consecuencia inmediata: el papel del Estado y su gobierno queda cuestionado en el ciberespacio<sup>380</sup>. Asimismo, otra consecuencia que se deriva es la importancia de la regulación de la información para el nacimiento y evolución de estas comunidades virtuales y cómo a su vez éstas pueden generar o crear información que redundan en los valores constitucionales. Igualmente, el carácter público o privado de las comunidades virtuales pueden tener efectos importantes tanto para la creación de información, y su posible regulación como por su impacto en el Ordenamiento constitucional. Repetir que el Derecho, la técnica y la evolución del mercado conjugarán sus voces para apuntar una dirección.

A diferencia de otros medios de comunicación, la tecnología Internet permite la creación de "*comunidades humanas*" donde hay encuentro, se habla, se producen distintas relaciones y se genera información. Sus tipologías son un proceso en curso que abre incógnitas en el futuro. El principio de libre asociación parece potenciarse en el espacio virtual, y los usuarios celebran este valor de asociacionismo libre y espontáneo. La libre información potencia la comunidad. Sin embargo, no parecen, en principio, semejarse estas "*comunidades virtuales*" a las "*comunidades*"<sup>381</sup> reales que se caracterizan, fundamentalmente, por el factor geográfico del territorio y del Estado, en el que se aplican, estable y legítimamente, las normas legales. Es decir, por la soberanía territorial del Estado donde la comunidad se desenvuelve y se aplican las normas legales. Estas notas básicas no se dan en las comunidades virtuales, donde el espacio virtual es ubicuo y la procedencia de sus miembros es muy dispar tanto geográfica, económica o culturalmente. No parece posible, hasta la fecha, hablar de "*comunidad Internet*" sino de "*comunidades*"

---

<sup>380</sup> Desde un punto de vista, principalmente, sociológico y político el debate sostenido en Salburg Seminar. ASC Session 32. *Digital Inclusion: Confronting the Information Technology Gap*. September 3-10, 2003

<sup>381</sup> MARGARET CHON., *Radical Plural...*, o.c., p.7 y ss.

pues lo que existe son diferentes experiencias de comunidades, no sólo las comunidades de comercio electrónico, o las que posibilita la navegación por las *Webs*, sino que es posible un largo y heterogéneo listado<sup>382</sup>. La forma natural de gobernarse surgida ha sido, hasta ahora, la de la autorregulación, incluso sin normas escritas. La coincidencia de intereses, las experiencias compartidas y la mutua interacción están presentes en todas ellas. Para el derecho de autor significaría menor protección de la "creación", y mayor libertad de la información. Puesto que la rapidez y ubicuidad requieren un espacio libre, sin condicionamientos de tiempo, espacio o regímenes jurídicos dispares que hagan imposible el acuerdo.

Y aunque en el aspecto regulador todo puede pasar, puesto que no asumimos ninguna naturaleza jurídica fijada, en esta atmósfera comunitaria, el papel que se disponga para los ISP, proveedores de servicio y los *Sísops*, operadores de sistemas, puede ser vital. Su consideración como sujetos privados y sus espacios y negocios privados en la red, puede conllevar la sobrevaloración de la red como espacio /s privado /s, en detrimento del foro público. Asimismo, la regulación, desde la perspectiva vigente, de la información en ese espacio privado/público puede tener consecuencias llamativas en los principios y valores constitucionales, al tratarse de un espacio de características tan distintas, como se irá viendo. La posible primacía del sujeto privado y del espacio privado, no sólo compromete los intereses públicos, sino que presumiblemente "entrona al consumidor", al sujeto individual y sus intereses privados en el ciberespacio. Sobre todo, si no olvidamos que, básicamente, se entiende el derecho a la información en su facultad de recepción, como el derecho a acceder a lo que esté en el mercado, de acuerdo con las condiciones del mercado, siempre que no sean ilícitas.

Hay que detectar que, el aplaudido principio de libre asociación puede subvertirse, precisamente, a través de su máxima libertad, pues respetando escrupulosamente, en apariencia, los

---

<sup>382</sup> Por ejemplo, los boletines de anuncios, los sistemas de conferencia, las *Chats*, *Usenet*, *e-mail lists*, etc...

valores constitucionales, las características exclusivas de Internet pueden evadir, a niveles a veces nacionales o a veces supranacionales, los verdaderos valores que las democracias constitucionales recogen. Para apreciar la importancia de la "concepción privada" de los sujetos en la red, hay que referirse a valores y principios de igualdad y libertad en relación a otros valores o principios como la salud, el trabajo o la educación. Por ejemplo, el derecho a la salud de todos los seres humanos puede resentirse si descubrimientos, técnicas o colaboraciones valiosas entre expertos y profesionales de distintas partes del mundo se ven limitadas por requisitos técnicos, administrativos o de otra índole, que impuestos por los ISPs o Sisops, de carácter privado, obstaculicen la entrada en estas asociaciones o comunidades, que, en virtud de la naturaleza del derecho de asociación, nada obste para imponer estos requisitos, aún respetando principios constitucionales. Quiere decirse, que siempre que estas asociaciones produzcan informaciones o creaciones que tengan trascendencia o interés público, y, virtud de la técnica y sus usos, se sustraigan del acceso al público, y a pesar de su aparente legalidad, habrá que cuestionarse su legitimidad, lo que no significa la negación de sus derechos privados.

Comunidades virtuales que pueden llegar a ser comunidades de negocios<sup>383</sup>, profesionales, culturales, etc...e incluso de poderosos cuya actividad sea lícita, dejando al margen al resto del mundo<sup>384</sup>. Con fortuna, aunque ignoramos si desinteresadamente, declaraba un alto cargo norteamericano que "la autoregulación no significa dejar libre a la zorra en el gallinero.....como parece que en Europa quiere entenderse". Dependerá ese grado de autogobierno en cómo afecte al mundo real y sus valores y principios. Podría

---

<sup>383</sup> " En cada uno de estos casos, las empresas conectadas por redes están creando productos y servicios mediante la colaboración de comunidades de negocios electrónicos." *La era de los negocios electrónicos.*, Don Tapscott. Colombia, 1999 p.p. 4 Y previamente en la p. 2 define lo que entiende por estas comunidades de negocios : "¿cuáles son los nuevos conceptos que se han de implementar para el éxito en la nueva economía? Lo más importante es el concepto de comunidad, muy mencionado pero poco comprendido. Las relaciones, tanto entre empresas como entre la empresa y el consumidor , son clave cuando las firmas aprenden a coevolucionar en las comunidades de negocios en línea, denominadas por Alliance como "comunidades de negocios electrónicos"".

<sup>384</sup> ATTEWELL PAUL., "The First and Second Digital Divides". En *Sociology of Education*, Volume 74, pp.252-259, que es parte de la documentación del citado Salzburg Seminar. Resulta curioso y muy significativo una anécdota que recoge el autor y que refleja con nitidez alguna de las posturas más conservadoras respecto a Internet: Mientras que un alto cargo de la Administración Clinton señalaba el desafío que supone para los derechos civiles la llamada "digital divide"( desigualdad digital), afirma "the main civil rights challenge of this new millenium". Su sucesor en la Administración Bush bromea al respecto "I think there is a Mercedes Divide. I like to have one; I can not afford one". Así es, hay una "desigualdad" social entre los que pueden permitirse un coche Mercedes y los que no.

ser, de esta manera, que el principio de libre asociación pueda no potenciar la libre participación, información y pluralidad ideológica, sino que pueda tener un efecto contrario. Ya se ha estudiado<sup>385</sup> cómo los proveedores de servicio, quienes albergan en sus servidores posibles tipos de comunidades, pueden imponer a través de éstas y los mecanismos técnicos de filtro los mínimos normativos en materia moral, sexual, etc.. Además de decidir quienes son miembros, su exclusión, o los temas<sup>386</sup> y los valores imperantes en su ámbito. Obviamente, al hilo de lo cual, ideas como censura, discriminación., etc., no son peregrinas en este contexto. Dependerá de la regulación que se haga de los sujetos técnicos , cómo evolucione este mercado y, en virtud de la existencia de muchas o pocas comunidades, de la existencia o no de posiciones de dominio, que se divida más al mundo, y a ello habrá que estar atentos. Constreñir la creación y la información (sobre las que haya un interés público protegido, por ejemplo, desde el derecho del público a la información, o desde el derecho a la salud o el principio de igualdad, etc.) en ciertas comunidades cerradas, por privadas, a aquellos que tengan exclusivo acceso, puede abrir más la distancia entre el mundo desarrollado y el que se sume en la pobreza. No hay que olvidar el fin del derecho de autor, una vez más: el progreso científico técnico de la Humanidad<sup>387</sup>.

Entender el "mundo virtual" como un mundo aparte o formando parte del mundo real significa una consideración jurídica política distinta. Pero tanto si entendemos Internet como prolongación del espacio real o como espacio separado, que puede tener su influencia en el mundo real, no se puede eludir en su regulación y funcionamiento los principios y valores constitucionales. Ello no quiere decir trasladar la normativa y estructura del mundo real, sino en su contexto técnico exclusivo hacerlos

---

<sup>385</sup> Véase el artículo ya citado: "The law in the Cyberspace". P.p.1597 y ss. En la Directiva Europea de Comercio Electrónico ya citada.

<sup>386</sup> Por ejemplo, en el ámbito estadounidense, se reflexiona que si se aplican los mismos criterios de la Primera Enmienda para la información comercial o no comercial, se pone al proveedor de servicio en situación de seleccionar, rechazar o borrar los mensajes de todo tipo. Véase "The law in the Cyberspace".o.c. P. 1601

<sup>387</sup> Se hace referencia al derecho de autor, tanto en las comunicaciones protegidas como en las libres, porque todo ello forma parte del diseño de la institución, en sus fines y en su satisfacción de los distintos intereses.

valer<sup>388</sup>. Sin olvidar que imitar el mundo real en el ciberespacio puede significar la ruina de sus bondades<sup>389</sup>. Entre otras razones porque se requerirían barreras electrónicas, a modo de fronteras físicas que, en tanto en cuanto demoren la transmisión de información, son contrarias a la libertad de información intrínseca a la naturaleza Internet. Se trata, en definitiva, de las dificultades técnicas del medio para controlar los ilícitos, conforme al régimen vigente. Y en tanto que la técnica lo haga de imposible mantenimiento, habrá que buscar otra "clave jurídica" que permita garantizar los derechos privado y públicos.

En este impacto que Internet causa en el "mundo tradicional", hay que recordar que ya se ha utilizado como medio de voto en elecciones de Estados y que se profetiza como un gran instrumento de la democracia directa<sup>390</sup>. Internet podría hacer realidad la integración real Estado- Sociedad Civil, o Estado democrático social más avanzado de finales de siglo, aunque existen imperiosos escrúpulos, abajo citados. Weiler<sup>391</sup> reflexiona sobre sus posibilidades como mecanismo democratizador en el ámbito de Unión Europea para reducir el déficit democrático. No cabe duda

---

<sup>388</sup> LESSIG, LAWRENCE., "Constitution and Code"., o.c. pp 1 y ss.

VAN VALKENBURG, WALTER., "The First Amendment in Cyberspace", *Oregon Law Review*, Spring 1996.

<sup>389</sup> Ibid. p. 1596 "As "the mystery of cyberspace" fades, it will become less convincing to call cyberspace "there" and real space "here". However, as the Internet becomes more a part of the life we already know, we may be inclined to turn away from the sorts of virtual communities made possible Internet. Such "extraordinary blindness to this potential would be disappointing, but seems all too possible as life on the Internet increasingly mimics life in real-space".

<sup>390</sup> Sobre las reticencias de la Democracia directa y de sus posibilidades, aún a través de las modernas tecnologías, véase a FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, A., y FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, C., *Sistema Electoral, Partidos políticos y Parlamento.*, Madrid, 2003, p. 23 y ss.. Ahí encontramos como alternativa a la democracia participativa la democracia directa, a la que se oponen por dos razones: primero, porque se trata del poder ejercido directamente por el soberano, que es ilimitado, y se reduce la democracia a la dictadura de la mayorías. Sócrates fue víctima de la misma. Y Segundo, por una razón técnica. La democracia reclama el espacio de la política que es un espacio público. Puede existir en la Asamblea, en el Agora, pero no en la Sociedad individual e individualista de la soledad individual e individualista de la soledad del terminal del Ordenador donde se toma decisiones privadas o irresponsables, quizá. Se cita a Benjamín Castán, que identificaba la *libertad de los Antiguos* con la participación; y la *libertad de los modernos* con la vida privada, y por tanto, con la delegación. Faltan los conocimientos o el interés, y de ahí la necesidad de "representación" y delegación en otras personas para que decidan por mí.

En sentido diferente, pueden observarse algunos proyectos de Democracia electrónica, como el llamado "Proyecto Agora" aplicado en La Rioja: <http://www.larioja.com> . También respecto al voto electrónico: <http://www.kriptopolis.com/criptograma/ctg.html> .

<sup>391</sup> WEILER, JOSEPH H.H., *Europa, fin de Siglo*. Centro de Estudios Constitucionales. Cuadernos y Debates, num 59. Madrid, 1995, p. 103 y ss. Y su artículo publicado en el periódico "El País" del 18 de diciembre de 1996, "Democracia en la UE, tres propuestas osadas", reflexiona sobre la posibilidad y utilidad de Internet en los procesos de decisión de la Comunidad Europea (Eurogobierno de Internet)..

Asimismo, léase: RUBIO LLORENTE, R., "La Campaña Electoral a través de la Red" en <http://www.derin.uninet.edu>

que cuando menos, puede ser un gran complemento. Pero la verdadera democracia, el Estado de Derecho, no es sólo una cuestión de votos, sino también de otros valores que si no se atienden pueden acabar con su espíritu. Y, naturalmente, todo se complica "*in extremis*" si no se olvida ni un segundo que estamos pensando sobre un "espacio virtual" en el que no tenemos certeza definida de cuál es el territorio geográfico, y por tanto, qué Estado puede tener competencia y jurisdicción. Quién puede regular este territorio de nadie y cómo,- los Estados o las compañías privadas, o los ciudadanos,- es una clave crucial para después decidir qué espacios son públicos o privados, cómo regular la información en los mismos, cómo se regularán y utilizarán los mecanismos técnicos de filtro o, cómo evolucionarán éstas comunidades, si como foros públicos o como mercados exclusivamente. Decisiones que no pueden obviar el impacto en los valores y principios democráticos constitucionales del mundo entero, como mundial es el ciberespacio.

La necesidad de un posible pacto social en el ciberespacio entre Estado / Sociedad Civil/ sector público / sector privado/ parece necesario a nivel global y local<sup>392</sup>.

En el ámbito de la Propiedad Intelectual, se extrapola lo anterior al hecho de que autor gestione sus "productos informativos"<sup>393</sup> a través de mecanismos técnicos, que incluso pudieren impedir toda copia, y permitir una explotación económica sin precedentes, sin atender a intereses públicos. Asimismo, si los hechos y las ideas, la "materia prima" libre, comienzan a ser patrimonio privado también,- las bases de datos son claro ejemplo- significa que el libre flujo informativo puede tender a mermar más que a aumentar. La información como mercancía se

---

<sup>392</sup> Seminario de Salzburgo, ya citado. Ahora bien, como afirma, PÉREZ ROYO "Es obvio que el precio tiene que ser aceptable. Los individuos tienen que ganar en el tránsito del "estado de naturaleza" al "estado social" más que lo que pierden, porque de lo contrario, el contrato social y el Estado no tendrían sentido. De ahí la exigencia de que el individuo sólo renuncie en dicha transición a aquellos derecho estrictamente indispensables para la constitución del Estado, conservando todos los demás". Curso de *Derecho Constitucional*. Madrid, 1995, p. 247.

<sup>393</sup> Teniendo en cuenta, al hilo de lo dicho en el capítulo anterior, que podemos encontrar en ciberespacio tanto las llamadas obras de autoría como "otras" de menor valor intelectual, y que pueden ser explotadas igualmente. Esta situación puede sí tener, como se ha dicho, consecuencias sobre el incentivo de la creación y el progreso. Pero la cuestión no sería resaltable si no fuese porque a través de los llamados mecanismos de filtro y control se puede "camuflar" la obra original de lo que no lo es, pues si estos no permiten "hojear", acceder a conocer el contenido antes de su compra, se puede provocar en el mercado algo más que decepciones.

potencia a expensas de la información como bien público. De igual manera, si los ámbitos y negocios privados pueden imponer sus intereses y temas, y hasta sus autores o productores de información, obviando ahora incluso la cuestión del dominio de las grandes compañías proveedoras de servicio o de software, la pluralidad informativa puede estar amenazada, allí donde en principio se promete más pluralidad y libertad que nunca. A través de los "portales" somos conducidos de la mano y encontramos, más que lo que deseamos, lo que se nos dispone con una habilidad que se nos asemeja a libertad. En ciertos ámbitos del mundo desarrollado puede verse por esta línea la creación de más riqueza, pero en otros del llamado tercer mundo puede ser devastador. La información como proceso público se distorsiona y el principio de legitimidad democrática se falsea. Asimismo, el principio de solidaridad se olvida.

#### **4.2.2. Impacto en los Valores y Principios de Publicidad y Privacidad**

---

"Such public access advocates posit that Internet "to produce attention to public issues, and exposure to diverse views, a market system may well be inadequate. However, for those who see community as a collection of people stisfying private preferences, government designation of public spaces may not only be undesirable, but may also threaten individual freedom"<sup>394</sup> Efectivamente, existen posturas divergentes en cuanto a la posible consideración de Internet como foro público o como mercado que satisface intereses privados. En cuanto mercado no parece adecuado para el debate de los problemas públicos y la exposición de la diversidad de los puntos de vista de la sociedad. Pero el mercado satisface intereses públicos, empezando por el más público que es la correcta asignación de recursos. Y los intereses de los consumidores son intereses públicos, además. Para quienes ven la comunidad como una colección de personas satisfaciendo sus preferencias personales, la designación por el Estado de lo que debe ser espacio público

---

<sup>394</sup> Ibid. p 1595

no solamente es indeseable sino también una amenaza de la libertad individual. Sin embargo, Mercado /foro público pueden conciliarse. Es importante que el foro público sea abierto, pero no necesariamente el "mercado económico" está en contradicción con el "mercado político". La pregunta es la "idoneidad" en uno u otro caso. Los avances en los mecanismos de control y filtro de los contenidos prometen diseñar Internet a "gusto del consumidor". El entronizamiento del consumidor podría conllevar pésimos efectos en los valores democráticos y en las aspiraciones comunitarias.

Los principios de publicidad y privacidad juegan un trascendente papel en el espacio virtual, de la aplicación de uno u otro se siguen soluciones muy dispares. Qué es público o privado no es una cuestión nimia, desde que en Internet ambas categorías se solapan, funden y confunden. Las imposiciones en este sentido pueden venir desde fuera de la red o desde dentro. Es decir, cuando el acceso procede de lugares públicos reales- p.e. Bibliotecas- o desde lugares privados - el domicilio. El filtro de informaciones desde el primero, puede ser constitutivo de vulneración de la libertad de información; mientras que en el segundo es merced de cada individuo, precisamente en ejercicio del derecho a la información. La cuestión más vidriosa se presenta al intentar determinar, a modo del mundo real, el espacio público y el privado en la red, con la casi ingenua pretensión de llevar al ciberespacio toda regulación jurídica vigente. En función de cómo se equilibren ambos principios significará mayor o menor margen del Estado en sus posibilidades de actuación e intervención. Considerar los ISPs públicos o privados tiene importantes consecuencias en orden a su responsabilidad<sup>395</sup> y a la libertad de todo ciudadano a acceder a sus servicios. Público no quiere decir siempre gratis o libre; como privado no quiere decir bajo precio o menos libre, en todo caso. Pero mientras que en lo público los valores y principios democráticos deben ser incólumes, en el privado, en virtud de la libertad

---

<sup>395</sup> Sobre esta cuestión véase un comentario ilustrado de casos jurisprudenciales norteamericanos en el ya citado "Law in the cyberspace", p 1610 y ss. Según su consideración de editores o distribuidores, y según su conocimiento de los contenidos y de las propias políticas de publicación.



individual, cada sujeto puede hacer un ejercicio muy dispar, que sin ser anticonstitucional, basta con que no sea ilícito. El grado de autogobierno dependerá en gran medida del espacio público / privado, además de cómo los legisladores interpreten la relación entre la vida virtual y la real.

Un ejemplo significativo de cómo lo público/ privado cambia su naturaleza en Internet y en su relación con el derecho a la información, es la regulación de la difamación, o, más concretamente, derechos como el de intimidad o vida privada, honor, o propia imagen, en general. Me refiero a la consideración de un persona como pública / privada o un discurso de interés público/ privado como categorías que, en casos de difamación, dan preferencia al derecho a la información, en virtud de carácter público del personaje o del tema de trascendencia pública. Lo privado puede ceder ante el interés público de la sociedad. Pero a diferencia del mundo real, todas la personas "privadas" que acceden a Internet pueden tener consideración de "públicas". Y todo tema o cuestión que se introduce en la red, el más importante medio comunicación en la Historia, puede considerarse "público", y, también, posiblemente de interés público. La interpretación de estas categorías, en clave del "mundo real", quedan casi sin sentido. Y su imposición en el "virtual" puede tener efecto contrario en el fin de mayor o menor protección constitucional de la información, y de valores y principios en relación a la privacidad.

Igualmente, en materia de derechos de autor, el carácter público / privado tiene trascendencia *ab initio* de la institución. Si la creación es un hecho incommovible, con independencia de los medios técnicos y sin negar que éstos pueden ayudar a su alumbramiento, es la publicación, es decir, la entrada en el espacio público, cuando el autor ejerce su derecho a la difusión es lo que pone en marcha su dinámica jurídica, tanto en sentido económico como moral, porque mientras la obra permanece en la privacidad, difícil, aunque no

imposible, es que sufran sus aspectos espirituales. Y por supuesto es cuando se pueden imponer legalmente "excepciones o limitaciones" para asegurar intereses públicos sobre los derechos exclusivos. La ya contemplada falta de definición de espacio público-privado en el ciberespacio, provoca más oscuridad en la crisis de este derecho en la red, entre otras razones por la ambigüedad que puede producir si un acto es público o privado y su repercusión en los derechos del autor. Al imponer el sistema vigente, la imposibilidad de contar los plazos o de determinar el lugar de publicación, o de controlar la copia o de permitirla, mediante mecanismos que posibilitan, a veces, el conocimiento pero no la copia, exige, como se ha visto, medidas técnico jurídicas que desnaturalizan a Internet. Pero también estamos observando que "desnaturalizan" esta institución tanto si no permite la copia, como si no la controlan técnicamente, el resultado es el mismo: la concepción moderna liberal de la propiedad intelectual, basada en la reproducción y control masivo de la copia, se ha derrumbado: no se puede controlar cada copia, en número, tiempo o espacio. Se elimina, y sólo se permite el conocimiento de la información. La naturaleza del espacio virtual se rebela e impone a pesar de la misma técnica. Y la permanencia de estas variables institucionales, exige controles o barreras electrónicas que cuanto más reduzcan o relenticen el flujo informativo más desnaturalizarán Internet. Y si el mercado de las ideas podría por fin ser realidad, también podría por fin fracasar más estrepitosamente que nunca, precisamente por tener más oportunidades de ser que alguna vez antes. "The term "cyber-reach" can be used to describe cyberspace's ability to extend the reach of an individual's voice. Cyber-reach makes the Internet unique, accounts for much of its explosive growth and popularity, and perhaps holds the promise of a true and meaningful "free trade in ideas" that Justice Holmes imagined eighty years ago"<sup>396</sup>. Ahora bien este entusiasmo inicial que provoca la bondad técnica de Internet puede convertirse en profunda decepción si, a toda costa, se implanta la realidad

---

<sup>396</sup> Ibid. p 1610

física en la virtual sin atender su unicidad sin precedentes, como se dice en un completo artículo citado, al recoger todo un seminario de reflexión de la Universidad de Harvard.<sup>397</sup>

El carácter público o privado del espacio deja de tener tanta importancia a efectos de la "publicación" en Internet, lo importante es reconocer es que "allí" donde sea, existe creación, que requiere compensación, porque ésta sí tiene costes, humanos, intelectuales y económicos. Y donde los intereses públicos o privados encuentren un nuevo equilibrio, conforme a las características exclusivas de este medio.

Que "libre" no quiere decir gratis<sup>398</sup>, ni público quiere decir libre<sup>399</sup>, como privado no quiere decir en Internet siempre bajo precio ni carente de libre disposición. Sino que en la "comunidad virtual" puede estar en el espacio público mediante precio o no o en el privado a disposición libre y gratuita o no. Es decir, lo relevante es la disponibilidad de obras o información para el público, y cuanto más accesible mejor. Accesibilidad entendida en todos sus aspectos: técnica, económica, jurídica, temporal, etc.. De ahí la necesaria armonización entre los intereses públicos y privados en ciberespacio, y la necesidad de propiciar la creación o producción informativa en ambas esferas, y la puesta a disposición del público con márgenes suficientes, de información libre, tanto en el espacio público y privado. La compensación al autor se requiere tanto en el espacio público como en el privado, pero, además o en sustitución de un precio, se pueden encontrar otras formas de compensación económica, incluso en el espacio privado, que disponiendo de la obra gratuitamente para el público, lucren al autor. En definitiva, las características de Internet, con un mercado y posibilidades universales, generan una economía

---

<sup>397</sup> Seminario impartido en el curso académico 1997-1998, coordinado y dirigido por el profesor ZITRAIN y recogido en el citado artículo "Law in the Cyberspace".

<sup>398</sup> Como en el régimen vigente la libre disposición de la obra en cuanto a la copia privada para ciertos fines, no significa gratis, pues existe la remuneración por copia privada. Pero es libre en cuanto no es necesaria la autorización del autor. A diferencia de ciertas obras, que en el espacio público, como las esculturas en la calle, su contemplación o captación con fines informativos o didáctico es libre y gratuita.

<sup>399</sup> Puesto que una obra puede estar publicada y no ser de libre disposición, salvo, claro está en las excepciones, que establece la ley.

diferente que puede prescindir de variables allí arcaicas. Ahora bien, los mecanismos técnicos pueden y deben ayudar en este fin: compensar al autor por la creación y permitir el máximo conocimiento y difusión de la información para el público.

Por lo tanto, una futura regulación de Internet deberá comprender y equilibrar ambos principios de privacidad-publicidad para que se genere y disponga información libre para el público, compensando la creación para el autor. El papel de Estado / s, de los ISPs y de los sujetos individuales deberán conjugarse en sus intereses público /privados para no pervertir la bondad de Internet. La autorregulación puede exigir unos principios, valores y normas generales a los que armonizarse, sin merma de la libertad. El Derecho, la técnica y el mercado deben establecer un diálogo, en el que el Derecho puede conducir el discurso: el sistema de conductas puede condicionarse por el sistema técnico y por las reacciones del mercado, pero el Derecho, asumiendo su papel de defensor y promotor de los valores democráticos, y no debe permitir que la regulación de los mecanismos técnicos signifique extinguir la bondad de Internet, como tampoco que el mercado y las propia legalidad lo haga. Puesto que, como se observaba en el capítulo anterior, la exclusión de disponibilidad pública de materiales libres, por razones de seguridad del Estado, o de las relaciones comerciales, de privacidad, económicas o por el funcionamiento comercial de la red, puede también vaciar el libre flujo informativo, en detrimento de los intereses públicos de la sociedad y privados de los autores, que quedan vedados a una importante fuente de "inspiración". Dañando valores culturales que arrancan en el progreso científico-técnico.

#### **4.2.3. Impacto en los Valores y Principios de Individualidad y de Estatalidad**

---

Si conforme a la concepción liberal del Estado, la figura

nítida del "autor" y su "obra original" dibujan el claro esquema de información pública e información privada, en el espacio virtual, como se ha visto, esta simplicidad queda desenmascarada, mostrando las deudas del creador, dando entrada a nuevos sujetos creativos y técnicos, y reclamando del Estado / s una redefinición, conforme a un espacio sin geografía, y un papel a veces más abstencionista<sup>400</sup>, a veces más intervencionista<sup>401</sup>. Es decir, que ni una concepción liberal pura, ni otra democrático-social de Derecho, encajan estrictamente en sus funciones en Internet. Se diría que, enfocado hacia el ciberespacio, se espera el alumbramiento de un nuevo modelo de Estado "universal".

Trasladar el Derecho vigente al mundo virtual significa trasladar allí a imagen y semejanza del real sus estructuras y fundamentos. La necesidad de imitar un mundo con fronteras, que diferencien los Estados y su soberanía sobre los territorios, exige fronteras electrónicas, que en tanto dificulten, obstaculicen o enmascaren las características de inmediatez, libertad, velocidad, ubicuidad, con todo lo conlleva para el progreso de la Humanidad, significaría vulnerar los principios y valores democráticos que proclaman, entre otros, el progreso de la Humanidad, la igualdad, la libertad, etc...Sólo se justificaría en medida que se posibilitaran esos valores para todos a través de este magnífico invento. Pero, en el extremo contrario, proclamar sólo el principio de individualidad en Internet también significa grandes peligros que las grandes compañías de telecomunicaciones y *software* en alianza con otros grandes poderosos agentes económicos pueden hacer del ciberespacio un mundo medieval, lleno de feudos con sus poderosos señores y vasallos. El retroceso histórico sería imperdonable, precisamente utilizando el blasón de la libertad y el progreso. En ese contexto, podrían reproducirse los grandes mecenas de nuestro tiempo, que son los *sponsor*. El autor puede sentirse más seguro pero menos libre, probablemente.

---

<sup>400</sup> Permitiendo la máxima libertad al individuo en su uso de Internet, con las lógicas excepciones de conductas contrarias a los derechos fundamentales.

<sup>401</sup> Incluso penetrando, en aras de los derechos, principios y valores democráticos, en espacios y dominios privados, para que no se conviertan en feudos, al margen de la ley.

La fisonomía más visible de lo anteriormente dicho se focaliza en el papel que pueden estar llamados a desempeñar, en simetría a su responsabilidad, los proveedores de servicio,-si como sujetos privados- con sus políticas de socios o usuarios, y en las comunidades de todo tipo que se gesten y desarrollen en su seno. De manera que se plantean cuestiones viscerales como el tratamiento que ha de darse a la información, ya no de carácter comercial, cuando de sujetos privados se trata como sería un ISP y en relación con otro sujeto privado, persona física o jurídica, en el ejercicio de su libertad informativa en ámbitos de propiedad privada, como el *ISP*. Es decir, conductas informativas de sujetos privados en un espacio privado. En un significativo caso de la jurisprudencia norteamericana, se contempla tal problemática<sup>402</sup>. Mientras que se entiende que la libertad de expresión e información está libre de toda intervención estatal y debe ser libre absolutamente, cuando entre sujetos privados se establece, en esa libertad entre privados cabe su mutua censura. "Because the First Amendment acts as a shield against state-not private- conduct, private actors are generally free to censor speech with impunity"<sup>403</sup>. Es decir, el derecho de libre información como derecho de libertad que se ejerce frente al Estado. Se deja libertad a los sujetos privados en su ejercicio, y sólo cuando existe intervención estatal, como puede ser por la vía judicial, se recaba la protección legal "frente al Estado". Se enciende inmediatamente la teoría de la llamada "*drittwirkung*" alemana, en nuestro contexto europeo, tomando vitalidad absoluta en este contexto virtual. " However, the case is problematic because Intel is not merely exercising its own right to censor speech, but instead is asking the state, via a court-administered injunction enforcing state trespass law, to act as the censor. This is a crucial

---

<sup>402</sup> Intel Corp. v. Hamidi. No. 98 A S05067, Cal. Super. Ct. filed Oct. 6, 1998. Complaint available at <http://www.faceintel.com/intellawsuit.htm>. También puede estudiarse en el artículo ya citado: "The law in the cyberspace". o.c. p. 1622. Básicamente, el asunto se resume en que una organización no lucrativa, FACE Intel, compuesta por antiguos y actuales empleados de Intel, a través de su portavoz, Hamidi, en una campaña de información, envía por correo electrónico mensajes para a los empleados de Intel sobre las prácticas de empleo abusivas y discriminatorias de Intel.

<sup>403</sup> Ibid. p. 164

distinction that is worthy of further analysis because of its potential impact on the free speech landscape in cyberspace"<sup>404</sup>.

El caso Intel, a diferencia de otros en que el mensaje es publicitario, y conforme a la doctrina norteamericana los de carácter comercial no merecen la extensa protección constitucional que se da al resto de la libre expresión e información con arreglo a la Primera Enmienda, se refiere precisamente a esto último, y por tanto justificada la total libertad y el ejercicio legítimo de los sujetos individuales en sus espacios de propiedad privada. La Primera Enmienda, reconoce derechos fundamentales, que limitan el poder Estatal y protegen al sujeto en su libertad individual frente al Estado. Ahora bien, si en el ciberespacio, y es lo que plantea la doctrina científica, todos los conflictos sustanciados en la libre expresión e información se producen en el terreno de la propiedad privada, el Estado, conforme a la legislación vigente, no podría legítimamente intervenir para evitar esa posible "censura privada" o cualquier conducta contraria. E incluso, como en este caso se ha citado más arriba, es criticable recabar la protección judicial del Estado para amparar una conducta privada, de ejercicio legítimo del propio derecho subjetivo dentro de una propiedad, contra otra conducta privada. Cuando la intervención del Estado en estas situaciones es pertinente<sup>405</sup>, resulta una de las cuestiones más espinosas del Derecho Constitucional norteamericano y, yo diría, que también de los países europeos. "Determining when the conduct of private actors implicates state action is one of the great conundrums of constitutional law, and perhaps no area of constitutional law has been more heavily criticized for its incoherence"....." In an influential article, Professor Charles Black described the doctrine as a "*conceptual disaster area*"<sup>406</sup>

Ahora bien, cierta doctrina está de acuerdo en que, una vez requerida la tutela del Estado a través de los jueces, existe acción del Estado frente a la que defenderse, a través de sus

---

<sup>404</sup> Ibid. 1624

<sup>405</sup> LAWRENCE, LESSIG., "Post Constitutionalism" o.c. pp 15. Véase al respecto en relación a la llamada "*The Public Forum Doctrine*".

<sup>406</sup> Ibid. 1624

resoluciones judiciales. A soluciones parecidas se ha llegado en nuestro país, aunque no referidas al ciberespacio. Aunque nadie duda, ni aquí ni allí, sobre la importancia que la solución a este problema tendrá en el ámbito virtual. Ahora esta "acción estatal" no significa, necesariamente, una vulneración de la Primera Enmienda, o sea, del derecho a la información, en el espacio virtual. Es más, puede ser necesario con el sano fin de "ordenar" y propiciar un auténtico flujo informativo, no viciado por exclusivos intereses privados de los sujetos. Pues todo podría quedar como un "asunto privado" entre "partes privadas" actuando desde o en sus propiedades, o sea, en su "territorio" privado. Conforme al Derecho vigente, no es una cuestión pacífica, y no sólo referido a materia de libertad de información, pero que en Internet cobra máxima importancia al sustanciarse todas las relaciones mediante un medio de comunicación. Esta acción estatal que cobra su máxima legitimidad en relación al derecho de la propiedad y su posible vulneración en el mundo físico- sin olvidar la primacía del derecho a la propiedad en el Derecho norteamericano- ha comenzado a experimentar una vitalidad creciente en el ámbito del ciberespacio por las razones que se están exponiendo, y, por supuesto al trasladar la concepción de "espacio real" al "virtual".<sup>407</sup> "Should the courts continue to prove receptive to the theory of electronic trespass, this trend of censoring unwanted speech will no doubt accelerate in the future, because almost every conceivable "trespass" in cyberspace carries a message"<sup>408</sup>. Efectivamente, esta concepción de la invasión o vulneración cobra fuerza en cuanto alegada como vulneración del espacio privado electrónico, y en cuanto se produce mediante mensajes, está absolutamente relacionada con la libertad de información. De ahí que algunos autores propongan teorías para la ordenación del ciberespacio que tienen su fundamento en la

---

<sup>407</sup> "In real space it is a safe assumption that trespass law is primarily used to prohibit others from physically interfering with one's property, while silencing unwanted speech is only an incidental or indirect effect. It appears that the opposite is true in cyberspace: as the recent increase in litigations indicates, plaintiffs are aggressively using the theory of electronic trespass to block unwanted speech, while preventing a physical invasion unrelated to the content of the trespasser's speech is at best an incidental purpose at all". Ibid. 1628

<sup>408</sup> Ibid. 168



propiedad privada<sup>409</sup> y el libre pacto entre personas. Tampoco falta el extremo opuesto, los que defienden a ultranza Internet como foro público de libre discusión. Y en este punto cabría invocar la necesidad de que el Estado, en virtud de posibles intereses supremos comunitarios, no detraiga información más allá de lo justo, en detrimento del libre debate público. Sin olvidar que utilizamos el término Estado, casi como un concepto indeterminado, en el sentido de lo que vaya a ser en el futuro en el ciberespacio.

El derecho de propiedad y de información entran en competencia. Y no es extraño en el contexto americano que haya primado el derecho a la propiedad para rechazar la libre expresión indeseada por el propietario. Sin embargo, a diferencia del mundo real, habría que considerar que Internet, en conjunto, es espacio de nadie y de todos. No tiene propietarios, y por lo tanto cabría reputarse como "público". Y el debate puede producirse por sujetos tanto en sus "propiedades" ambos, como desde que uno de los sujetos inicie y mantenga el ejercicio de su libertad desde el foro público que es Internet y se dirija hacia sujetos en ciertos espacios privados. Las dos esferas público / privado están en juego y los efectos de la posible "acción estatal" tiene efectos distintos en una u otra. En una puede resultar constitucional y en otra su vulneración. Sin embargo, en el espacio virtual la intervención estatal puede sentarse en la defensa de los derechos fundamentales, así como en los principios y valores constitucionales. La analogía del espacio real-espacio virtual no siempre tiene consecuencias constitucionales justas. Y, efectivamente, en Internet no se puede decir que el mensaje se origine, en muchos casos, en el espacio privado, sino que éste puede ser su destino final. Como vocear o hablar en alto desde la calle a alguien que está dentro de su casa.<sup>410</sup> El Estado podría intervenir, respetando los

---

<sup>409</sup> The Property Rule Structure of Code solutions. Es decir, que cada persona libremente desde su propiedad gestione sus derechos, conforme la técnica les permite en el ciberespacio. Todas las decisiones se tomarían conforme al libre pacto entre personas, y sólo la ley entraría en el incumplimiento contractual.

<sup>410</sup> Cabría recordar, que tanto allí como aquí, si los contenidos son "intocables" salvo las excepciones propias de la armonización de derechos, sólo tomando variables de

contenidos, para que el libre flujo informativo no se bloquee desde los espacios de propiedad privada. La cuestión tiene su máxima importancia si se piensa en el comercio electrónico, en el que es lógico pensar en personas, físicas o jurídicas, con organización empresarial normalmente, que dirijan sus mensajes entre sí o reciban o dirijan mensajes desde o al espacio virtual libre. De ahí, quizá, la necesaria diferenciación entre tipos de comunicación<sup>411</sup>, comercial y no comercial, y si de carácter público o privado. Recayendo derechos o limitaciones sobre la misma, y siempre en orden a propiciar el libre flujo informativo. No se trataría de negar, por supuesto, la libertad de expresión, sino de que esa libertad no interfiera en las funciones de negocio de otra persona. La necesidad de ordenar el tipo de comunicación, el espacio, la armonización de derechos, parece patente a la luz de los problemas que se pueden provocar, precisamente en el ejercicio de la misma libertad que se pretende. De manera que el derecho de autor<sup>412</sup> no sea impedimento para la riqueza informativa, una vez la obra en el ciberespacio.

El derecho de autor, en cualquier extremo, requiere de unos principios jurídico básico que inspiren y ordenen la protección del autor y aseguren la libre información a disposición del público.

Y como libre espacio que es Internet, al menos en su configuración primigenia, cabría invocar que el libre acceso universal a la red, de todo sujeto, para ser real, significaría también libre acceso y libre elección de proveedor de servicio sin discriminación. Y que las posibles políticas de admisión de éstos no sean contrarias a los valores constitucionales.

---

tiempo, lugar o formas se podrían establecer ciertos "límites", sin entrar en contenidos.

<sup>411</sup> Sobre el caso Intel, en este sentido, se reflexiona el citado artículo de "The law in the cyberspace": "Intel might try to narrow the definition of "communication" by arguing that the only purpose of its e-mail system is business-related communication, not communication in general. However, this is belied by Intel's own company policies, which permit reasonable personal use of the Internet. Furthermore, although Intel obviously disapproves of the content of Hamidi's messages, the messages would still fall under the more narrow definition of "communication", because they are specifically directed at Intel's business practices.

<sup>412</sup> Notes : "The Criminalization of Copyright Infringement in the Digital Era"., *Harvard Law Review*, vol 112:1705, 1999.

Convendría reflexionar sobre la posibilidad de coincidencia que en el espacio virtual encuentran sujetos privados y sujetos públicos. Así, parece apreciarse que el Estado tiene en el ciberespacio la oportunidad de identificarse con la Comunidad misma y el sujeto mismo: integración sociedad civil -Estado. Así como el autor y el público eliminan las barreras que los separaban para coincidir en su interés mutuo: la creación.

#### **4.2.4. Impacto en los Valores y Principios de Territorialidad y Universalidad.**

---

Llegado este punto, y a la vista de lo anterior, no cabe duda de que todas las cuestiones están íntimamente interrelacionadas y sólo la exposición sistemática del análisis justifica su estudio por separado. Y precisamente ahora, como corolario de lo reflexionado, pugnan por plantearse cuestiones cómo quién ejercerá la soberanía sobre este espacio "sin territorio", sin descartarse la posibilidad de que cada Estado quiera prolongar su soberanía sobre el ciberespacio como una extensión del real, lo que requeriría fronteras electrónicas<sup>413</sup>. O si la pretendida universalidad podrá hacer frente a cuestiones cómo qué es público o privado a escala internacional; o moral e inmoral; de interés público o privado; contrario a las buenas costumbres sociales o , sencillamente, legal o ilegal. Su trascendencia sobre los derechos de autor es evidente, si no se olvida su fin legitimador: la promoción de progreso de la Humanidad. Naturalmente, valores y principios democráticos pueden quedar gravemente afectados: bien porque reprimamos o obstaculizamos el libre flujo informativo universal, impidiendo el libre desarrollo de los pueblos, y muchos de éstos pueden encontrar en este medio su cuerda de salvación; bien porque se niegue el derecho a la propia cultura e idiosincrasia de los mismos pueblos, como forma de vulnerar derechos fundamentales. Algunos países han optado por implantar barreras electrónicas para proteger su soberanía informacional al aislarse de la influencia

---

<sup>413</sup> "With respect to the architecture of cyberspace, and the worlds it allows, we are God"; LAWRENCE LESSIG., "Reading the Constitution in cyberspace", 45 *EMORY L.J.* 869, 897 (1996) .

de las *Webs* de los países occidentales. Igualmente, US ha intentado preservar su soberanía nacional al regular la importación y exportación de la tecnología de encriptación<sup>414</sup>

Preguntas como cuándo se transgrede la soberanía; si podría ser Internet un solo Estado, o si asistimos al fin del Estado tradicional, casi parecen irresolubles. Pero, ¿cuál es la nueva soberanía? De la respuesta dependerá quién imponga su poder, sus intereses, sus normas, sus criterios, sus valores,..etc.. La aceptación de distintas "soberanías" podría confluir en un mayor y variado potencial de ideas, intereses, normas, etc. Diferentes posturas se dan al respecto: desde considerar una vulneración de la soberanía cuando se traspasan los propios límites territoriales, pasando por entender que Internet es en sí mismo su propio Estado y nadie tiene en exclusiva competencia sobre el mismo, hasta los que afirman que la transnacionalidad de Internet ha contribuido a la dispersión de la autoridad soberana del Estado, haciendo sus normas ineficaces e ilegítimas en el ciberespacio. Si "difíciles" pasaban por ser los conceptos de Estado y soberanía, para después aplicar conceptos como jurisdicción, ahora su revisión parece ineludible. Puesto que del correcto entendimiento de soberanía dependerá la legitimidad de crear y aplicar normas, así como de hacerlas cumplir en su ámbito, la doctrina<sup>415</sup> reflexiona y se replantea tales conceptos para su posible implantación en el ciberespacio. Así la literatura americana examina, respecto a la soberanía y jurisdicción, revisa clásicas teorías como "la concepción realista", \_ conforme a la cual la política internacional se sienta en la yuxtaposición de Estados que hacen valer su poder territorial, excluyendo cualquier injerencia-; la "concepción representativa" o la llamada "concepción medieval", que ve en Internet un nuevo medievalismo, en el que el "Estado" acoge una variada y dispersa gama de autoridades soberanas<sup>416</sup>.. Teorías que tienen su paralelismo y predicamento entre nosotros, en nuestro

---

<sup>414</sup> Véase en: <http://www.bxa.doc.gov/Encryption/Default.htm>

<sup>415</sup> Autores tales como: JACKL.L GOLDSMITH., "The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty"., en *IND. Of Global Legal Studies*, 5. US 1998  
STEPHEN WILSKE&TERESA SCHILLER., "International Jurisdiction in Cyberspace: Wich States May Regulate the Internet?" *FED. Commission. Legal Journal*. 50. US 1997

<sup>416</sup> Todo ello esta recogido en : The law in the cyberspace. O.c. Pp.1680 a 1704.

sistema jurídico<sup>417</sup>. Asumiendo la primera, realista, como la más acorde a nuestra visión de los Estados soberanos sobre sus respectivos territorios, se alega el autogobierno<sup>418</sup> para Internet, al ser ésta no sólo de difícil imposición, sino también contraria a las bondades Internet, al exigir barreras electrónicas.<sup>419</sup>

Es la razón por la que parte de la doctrina invoca la "*self-regulation*", puesto que las consecuencias en los valores democráticos de todo tipo, económicos, políticos, culturales o sociales serían, posiblemente, lamentables. La teoría representativa, por su parte, entiende que el Estado es una institución que representa a los individuos y su conjunto de intereses. Es decir solamente el Estado que respeta los derechos humanos y el principio de representación democrática es legítimo y, por tanto, tiene el derecho de representar a los ciudadanos internacionalmente. Por ello es que se afirma que a través de la red se pueda vulnerar esa soberanía representativa de los valores y derechos de unos ciudadanos. Precisamente, invocando la posible erosión en los intereses de los ciudadanos que el Estado representa, los políticos, en general, apoyan la regulación legal del ciberespacio.<sup>420</sup> Al igual que la otra concepción, la soberanía estatal es intocable. Sin embargo, la "*The postmodern Conception*", combina distintos puntos de vista acerca de la dispersión de autoridad en un área de creciente

---

<sup>417</sup> Véase, y la bibliografía allí citada: ALVAREZ CIENFUEGOS, J:M., " Legislación aplicable y jurisdicción competente" en *Jornadas sobre contratación electrónica, privacidad e Internet. Revista Informática de Derecho Informático*, 1999, pp.143-144  
VELARDE KOEHLIN, C., "Hacia una Democracia digital: propuestas de aplicación". En *Revista Electrónica de Derecho Informático.*, num.28. Noviembre, 2000. Disponible en <http://www.derecho.org/redi>

JIMÉNEZ DE PARGA, M., *La Ilusión Política ¿Hay que reinventar la Democracia?.*, Madrid, 19993

<sup>418</sup> DAVID R. JONHSON and David Post., "Law and Borders- The rise of Law in Cyberspace"., *Standford Law Review*. 48, 1996

<sup>419</sup> Claros ejemplos de la realidad son China, cerrando la entrada de información en su territorio vía Internet.

O el caso de Baviera, que bajo el mismo principio de soberanía, impuso en Internet su ley antipornográfica contra del proveedor de servicios en Munich, Compuserve, el cual se negaba a cerrar sus doscientos grupos de noticias que albergaban contenido pornográfico.

<sup>420</sup> En "Law in the cyberspace" se reproduce algunas palabras del diputado norteamericano, GOODLATTE, que presentó la Ley del Juego de 1997 en Internet: "The ability of the World Wide Web to penetrate every home and community across the globe has both positive and negative implications-while it can be an invaluable source of information and means of communications, it can also override community values and standards, subjecting them to whatever more may or may not be found online. In short, the Internet is a challenge to the sovereignty of civilized communities, States, and nations to decide what is appropriate and decent behavior.....".P. 1687

globalización. Se habla del "*New Medievalism*", que, gráficamente rememora la Europa anterior a la Reforma, y como entonces aparecerían diversos poderes que coexistirían, tal como lo hicieron las autoridades del Emperador, el Papa, el Príncipe, y el Señor feudal. En realidad sería la lógica consecuencia de la pérdida progresiva de soberanía de los Estados, que culmina en Internet. "Normatively, this dispersion provides a "flexible, multilayered approach to political-territorial governance that can better address current transnational issues. By allowing individuals, to form freely chosen, transnational communities, this dispersion also permits the full realization of democratic ideals"<sup>421</sup>. Sería, bajo una diferente perspectiva, la defensa del autogobierno en Internet, con el fin de conseguir el más alto ideal democrático. El mismo individuo /s crearían sus propias comunidades y su gobierno. El "Estado" y la sociedad civil podrían identificarse. Sin embargo, a esta postura le llueven las críticas, ya algunas adelantadas: tales como que se propiciaría el feudo de los poderosos, aumentando las disparidades del mundo real, y escapando a cualquier control en el posible caos del ciberespacio.

Sobre el derecho de autor, y la consecuente información, las lógicas consecuencias, ya previstas, de tales posturas significan, por un lado, el mantenimiento del actual régimen vigente, permitiendo aplicar las normativas conforme a los distintos Estados y sus principios internacionales, conforme a Berna, fundamentalmente; o, por otro, dejar a los autores a su voluntad y posiblemente a la de intereses de aquellos que dominan la red, en cuyos espacios se "coloque" la obra. Y aunque Internet permita la entrada libre y la apertura libre de webs individuales, el funcionamiento de, p.c., los portales, puede dejar fuera del circuito comercial al mejor autor.

Las Declaraciones, Pactos y Convenciones de Derechos Humanos pueden encontrar el camino factible a su vocación universal, y

---

<sup>421</sup> Ibid. p. 1689

Sobre la Jurisdicción en Internet, véase también: "Public Round on Intellectual Property Aspects of a Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments", en *Copyright Office, Library of Congress*. Cocket No. RM. 2001-3.

que estas sean el Derecho aplicable en el ciberespacio, sin perjuicio de las normas de autogobierno que se den los sujetos en sus esferas privadas.

#### **4.3. Impacto Constitucional en los Principios y Valores de Libre Creación y Libre Información.**

---

El impacto de las diversas posturas, jurídico-técnicas o de mercado, en la libre creación y en la libre información, en coherencia con lo que se espera de un buen funcionamiento democrático, parece cierto. Es posible afirmar, que aunque se imponga, a toda costa, el régimen jurídico vigente, y, también, por tanto del derecho de autor y del derecho a la información, el contenido esencial de ambos derechos no permanece incólume. Repercusión positiva, en cuanto signifique su potenciación, y por mayor intensidad de irradiación en el resto de los derechos, principios o valores; pero negativos, en tanto que pudiendo rendir un mayor fruto o expansión de éstos, se limita, se reduce o se desvía sus posibilidades de realización. Es consistente con el derecho a la información y el derecho de autor, por su común naturaleza - información- y su interrelación, que las modificaciones o cambios de uno tenga afectación en el otro y viceversa. De manera que a mayor flujo informativo mayores posibilidades de creación, y mayor creatividad mayores posibilidades de un rico flujo informativo<sup>422</sup>, tan sano y deseado en democracia. El margen de "libre información", -que en Internet puede tener una significación más extensa- es un factor clave en esta dinámica.

De ahí la radical importancia de apreciar cómo la afectación del contenido esencial del derecho de autor se produce, y las consecuencias que se derivan. E incluso es útil percibir cómo

---

<sup>422</sup> Innumerable es la bibliografía en torno a la libre expresión e información en el ciberespacio o lo que es lo mismo, "the First Amendment in Cyberspace". Véanse, sólo como muestra: SUSTEIN, CASS R., "The First Amendment in Cyberspace", *Yale Law Journal*, May 1995 En el mismo se analizan dos modelos de comunicación, el del mercado de las ideas y el modelo de MADISON, en su aplicación en el ciberespacio. MARCHANT, BYRON F., "On-Line on The Internet: First Amendment and Intellectual Property Uncertainties in the On-line World" , *Howard Law Journal*, winter, 1996 MCGINNIS, JOHN O., "The Once and Future Property-Based Vision of The First Amendment", *University of Chicago Law Review*, winter, 1996

las modificaciones o cambios de uno se encajan -por derivación u originalización- en la del otro.

#### **4.3.1. Impacto en el Contenido Esencial del Derecho de Autor. y sus Consecuencia Constitucionales.**

---

La aplicación del régimen vigente, teniendo en cuenta la especial naturaleza de Internet, se manifiesta sobre el contenido esencial del derecho de autor, por y a pesar de los mecanismos técnicos de filtro. Si con ellos se pretende *mutatis mutandis* trasladar el régimen vigente de derecho de autor, la especial naturaleza del Internet muestra su "rebeldía" a pesar del esfuerzo de intentar mantenerlo. Tanto el control exhaustivo que permiten los mecanismos, como la información corriendo libre por la red, producen un impacto de magnitud en el contenido esencial del derecho de autor, que transforma sus facultades. Ciertamente es que está por ver cuál será la interacción futura del mercado y el empleo de estos filtros "elements of the relationship between the market and rights management technologies include the economic benefits of these technologies, the new types of transactions likely to develop under a rights management regime, and the types of content that are most likely to be protected by *rights-management containers*"<sup>423</sup> Parece posible que su utilización en el mercado rendirá sus frutos económicos, no sólo en la manera habitual de compensación económica, sino que al precipitar nuevas formas, casi hasta ahora impensables, de acceder y suministrar la información, los beneficios económicos pueden aumentar notoriamente. Pues no hay que olvidar que se reducen en Internet muchos costes y se produce una superdistribución, e incluso aumentan los ingresos al eliminar los "accesos no autorizados", es decir, la piratería. Igualmente se distinguirá entre contenidos que pueden ser protegidos por esta vía y cuáles pueden quedar

---

<sup>423</sup> Law in the Cyberspace ., oc., p. 1654

Para una lectura comprensiva y exhaustiva de todas las cuestiones emergentes, así como las incidencias en la legislación y jurisprudencia norteamericana cada año, véase: "Statement of Register of Copyrights before the subcomité on Legislative Branc" Y el "Statement of the Register of Copyrights before the subcomité on Courts, the Internet and Intellectual Property". En la ya citada página Web de la Copyright Office.



libres. Quedando, por ejemplo, toda la creación académica o científica a disposición libre del público, encontrando los autores compensación por fuentes tan diversas como la publicidad; y todas las llamadas excepciones a los derechos exclusivos dada cumplida respuesta, ya que es en este tipo de material donde más sentido tienen<sup>424</sup>. Pues el "pay per view" o "metered usage" parece más conveniente para contenidos audio o vídeo, donde sabemos que se mueve inmensas masas de dinero y que es una de las primeras fuentes de divisas de U.S. Estos usos, que son realmente "accesos" a esas obras, incluso excluyen la posibilidad de copia, precisamente con objeto de mantener el negocio<sup>425</sup>. Los "usos permitidos" a estos contenidos comerciales serían prácticamente inexistentes, aunque se piensa en las características del nuevo mercado, donde, por vía de bajos precios, el acceso del público a obras protegidas puede incluso aumentar<sup>426</sup>.

El concepto de "publicación" quizá debiera cambiarse en este contexto, y reemplazarse por algo simple y diferente como la "entrada en la red", sea en espacio público o privado, conforme a su significado en el ciberespacio.

Admitido incluso lo anterior, y añadiendo las críticas oportunas que al hilo surgen, hay que seguir afirmando que el contenido esencial del derecho queda afectado, se rediseña, conservando facultades troncales morales de las que derivan una explotación económica de la obra, pero cuyas facultades económicas cobran nueva fisonomía. La inmaterialidad de la información, a pesar de la ficción; la imposibilidad de control de la copia, cuando corre libre; o la imposibilidad de copia, cuando a través de los mecanismos técnicos se facilita sólo el

---

<sup>424</sup> Ibid. 1655

<sup>425</sup> "Metered usage may lead to further developments in information commerce: the elimination of free sharing and the facilitation of superdistribution. In a rights-management regime, sharing would no longer be free because every end-user would have to go through a rights-management container and thus would be made to pay". Ibid. p. 1654

<sup>426</sup> Precisamente sólo se permitirá el acceso sin copia, para que repercuta económicamente todo uso, a aquellas obras que requieren por sus características no sólo el conocimiento de las mismas, sino su goce y disfrute al volver una y otra vez sobre las mismas. Me refiero a la música, al vídeo o al cine, e incluso a la literatura. En cuanto a la música o al vídeo, ahora que es posible la copia casi gratis a calidad superior, que pone en las manos del público el goce estético por la calidad de la imagen y el sonido, se empeñan en servirnoslo en cuantagotas bajo precio. Parece que se piensa más en los beneficios del mercado que en progreso de la Humanidad.

"acceso" para su inmediato consumo; añadiendo la velocidad y ubicuidad de la información , dejan sin sentido la clave del contenido esencial económico de la propiedad intelectual: el control de la copia física masiva, en variables de número, tiempo y espacio. "La copia" -y su control - ha dejado de ser la "ratio" del derecho de autor. Y en consecuencia , todas las facultades de explotación basadas en la explotación de la copia.

Tanto la imposibilidad de hacer copia, y sólo posibilitar actos de conocimiento "como si fueran copia",- en el supuesto de la utilización de mecanismos de control que no permitieran copiar,- como el hecho de prescindir de estos controles técnicos o incluso utilizándolos pero permitiendo la copia posterior, el no controlar la copia por imposible, el difícil encaje y mantenimiento de los límites<sup>427</sup> , la no materialidad estable , la velocidad, la ubicuidad, etc....afectan al "contenido esencial":

1.- no se basa en la copia masiva y su control.

2. Podría basarse en actos de conocimientos.

3.- Todos los derechos exclusivos del autor quedan reducido a uno: introducir la obra en la red. En tanto que no hay copia, no hay reproducción ni distribución. Cualquiera puede acceder allí donde esté. Y por supuesto, derechos secundarios como el de remuneración por copia privada se pierden en la dinámica de la red, con independencia del mundo físico fuera de la red.

4.-De las facultades morales sólo el acto primero troncal de decidir la difusión y controlar el plagio parecen posibles. Es decir, una vez ejercida la decisión de introducir la obra en la red, sólo se podría, y con ayuda técnica, legal y ciudadana, detectar la apropiación de una obra por un ajeno firmándola falsamente como suya.

---

<sup>427</sup> Algo tan simple como hojear un libro, se convierte en una amenaza si se realiza en la red, pues si se puede llevar a cabo en ese momento una copia, lo que se hace con un simple gesto de presión de un botón, el plan de negocio puede verse frustrado. Salvo que un nuevo software pudiera permitir el "browsing" impidiendo la copia, por ejemplo.

5.- Facultades morales, secundarias, como el derecho de anónimo, pueden verse reforzadas en el ambiente técnico Internet.

6.- Las variables de número de copias, tiempo y espacio hasta ahora convencionales quedan aniquiladas y se podrían "sustituir" por un número de actos de acceso o conocimiento de la información.

La desnaturalización de Internet también desnaturaliza el derecho de autor, en su concepción vigente, y afecta a su contenido esencial. Igualmente si se respetara la libre arquitectura de Internet queda afectado el contenido esencial, pero esos cambios aún siendo algunos parecidos, en uno u otro caso, serían resultado de causas distintas y sus consecuencias democráticas constitucionales serían muy distintas también, no sólo para el autor, sino para otros derechos y valores. Sería deseable mantener al máximo la arquitectura originaria y libre de la red, pues en Internet la creación clama por su protección y la información por su máxima difusión, y las consecuencias positivas que de todo ello se deriva bien merece la defensa de esta posición doctrinal, pues resulta ser la más beneficiosa para los derechos fundamentales.

#### **4.3.2. Impacto en el Contenido Esencial del Derecho a la Información. Y Sus Consecuencias Constitucionales**

---

Incluso por la misma imposición del régimen vigente en Internet, es decir con estrechez de miras, el contenido esencial del derecho a la información se amplía :

1.- El derecho universal de acceso a Internet<sup>428</sup>.

2.- El derecho de acceso y libre elección de proveedor de servicio.

---

<sup>428</sup> Entre nosotros. CORREDOIRA Y ALFONSO, L., "El derecho de acceso a la información en Internet" en *Actualidad Informática ARANZADI*, num 32, julio 1999. Y en este mismo número: GONZÁLEZ BALLESTEROS, T., "Libertad de expresión e Internet en el ámbito del Derecho", *Actualidad Informática ARANZADI*, 32, julio, 1999.

3.- No políticas de los proveedores contrarias a los principios democráticos<sup>429</sup>.

4.- El llamado "cyber-reach"<sup>430</sup>, según el cual cada sujeto puede alcanzar todas las audiencias, y la universalidad se hace real, sin olvidar la ansiada pluralidad democrática.

5.- La velocidad unida a las demás características<sup>431</sup> de inmaterialidad y ubicuidad, permite un flujo informativo que hace infinita la disponibilidad de información, potenciando al máximo la facultad de recibir. Que sin embargo, no conlleva exigir legalmente que se nos dé algo concreto, aunque si acerca la posibilidad real de que así sea, por su factibilidad. Todas facultades se puede hacer reales para cada sujeto individual, no sólo para los medios o empresarios.

6.- Los bajos costes hacen la información accesible, posible, "infinita". Podría ser la gran oportunidad de casi eliminar la dimensión mercantil.

Aún así, las aparentes buenas noticias se truncan, pues una observación más detenida muestra que el mantenimiento del régimen vigente, tal cual se pretende, reduce el posible y deseable flujo informativo en Internet. "The common thread that runs through these analyses is that the potential benefits that

---

<sup>429</sup> La posible regulación de los proveedores de servicio es una cuestión delicada. Volviendo de nuevo al mundo norteamericano donde nos llevan ventaja en la experimentación real del medio, los ISPs (proveedores de servicio) son considerados meros distribuidores, como los libreros, y exentos de responsabilidad. A diferencia de los editores, que conocedores de los contenidos, sí responden legalmente. Así se ha sostenido en uno de los mayores casos dirigidos a esta cuestión: *Cubby, Inc. v. CompuServe Inc.*, en el que uno de los más grandes proveedores de servicios del país, CompuServe, fue declarado como distribuidor libre de responsabilidad alguna en el caso que se presentaba. Sin embargo, cuatro años más tarde, en *Straton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, en un juicio en Nueva York, se declaró al proveedor como editor responsable, pues conocía o debía conocer lo que su cliente exponía en su boletín de noticias. El papel importantísimo que están jugando estos nuevos sujetos empresariales de la información provoca precaución en las autoridades reguladoras pues son conscientes que una carga de responsabilidad sobre los contenidos sobre ellos podría significar una "indebida carga sobre el libre flujo de la información". Otros casos posteriores y más recientes parecen consolidar esta tendencia. Ibid. "Law in the Cyberspace", p. 1613, 1614.

<sup>430</sup> The term "cyber-reach" can be used to describe cyberspace's ability to extend the reach of an individual's voice". Ibid. p 1610 Efectivamente el término describe la capacidad de Internet de que la voz de cada individuo pueda tener un alcance universal.

<sup>431</sup> E incluso el posible anonimato en el medio enriquece mayor cantidad y calidad de información. Por ejemplo, véase: FROOMKIN, A.MICHAEL., "Flood Control on the Information Ocean: Living with Anonymity, Digital Cash, and distributed Databases", *Journal of Law and Commerce*, spring 1996 (University of Pittsburgh).  
TRUBOW, GEORGE B., "Constitution vs. Cyberspace", o.c.

cyber-reach holds for the public will only be fully realized if our legal regime recognizes the impact that cyber-reach has on traditional assumptions underlying current legal doctrine".<sup>432</sup> Así por ejemplo, el mero hecho de imposibilitar el "hojear" significa impedir acceso, conocimiento y recepción de información. Y toda supresión de las llamadas excepciones o límites a los derechos exclusivos del autor, significa reducir el libre flujo informativo, y, por tanto, posibilidades de recibir información. El control exhaustivo de la información por los mecanismos de filtro inclinan la balanza a favor del autor o titular. Además, si se hace imposible la copia, sólo permitiendo accesos y usos de la información que se consumen en sí mismos, no sólo se elimina la "*first sale*" o el derecho a disponer de la copia, sino que incluso se limitan las posibilidades sobre la misma información a quien accede a ella. Pues por muy barato que sea el acceso, no es comparable con la disponibilidad "infinita" que ofrece la copia a su propietario para volver sobre ella. Luego en este aspecto se encarece la información y se reduce las posibilidades de libre información al no existir copia sobre la que disponer. E incluso ante la posibilidad de no alcanzar nunca el dominio público, la potenciación de los derechos del público a la información podría no ser tan prometedora como, inicialmente, todo apunta. Y ello dejando sentado la libre elección de proveedor y de su política de contratación conforme a la libertad e igualdad democrática, que, de lo contrario, repercutirían negativamente sobre las facultades de difundir e investigar información, como parte del contenido esencial del derecho a la información. Esta afirmación que fácilmente encuentra apoyo lógico constitucional, en la práctica del ciberespacio no es de tan clara consecución, teniendo repercusión en la libertad informativa. En materias como la difamación, considerando la posible facilidad de acceso a la red y la posible conversión de toda persona privada en pública, la dificultad de calificar un discurso o información como público o privado, así como el propio espacio, no sólo mueven los criterios tradicionales de responsabilidad en la materia,

---

<sup>432</sup> Así es: solamente si se reconoce el impacto que Internet supone para el régimen jurídico vigente y los criterios tradicionales sobre los que se asienta, podremos beneficiar al público de las bondades del ciberespacio.

sino que, dada su complejidad, pueden mover a buscar un puerto seguro de responsabilidad en los proveedores de servicio, obligándoles a establecer políticas en orden a preservar su responsabilidad. Sin embargo, tanto esto como una estricta responsabilidad sobre los ciudadanos aplicando la legislación vigente en el ciberespacio, al conducir a soluciones erróneas en Internet, podrían arrojar al silencio a este poderosísimo medio.

Luego el contenido esencial del derecho a la información no sólo se afecta de una manera directa, sino también en tanto en cuanto se reduce, atenúa o elimina un mayor potencial posible técnicamente.

Por tanto, aunque, aparentemente, parezca que Internet, en cualquiera de sus posibilidades técnicas, siempre favorece a la libertad de información y expresión; y aunque parezca que el gran "afectado" es siempre el derecho de autor a favor del derecho a la información del público, lo real es que es fácil pasar al extremo contrario. Y aún más, bajo la apariencia de fomentar el derecho a la información pueden esconderse las auténticas posibilidades técnicas y sociales posibles que se sacrifican en aras de otros intereses. Siendo no sólo dañado el derecho a la información sino también otros derechos, valores y principios constitucionales que de su buena salud derivan. Y, por supuesto el mismísimo derecho de autor cuya retroalimentación nadie discute en estos momentos.

## **CONCLUSIONES**

1.- La desnaturalización de Internet tiene un importante impacto constitucional tanto en los derechos de información y autor, como en el resto de los derechos fundamentales, alcanzando su radio de acción a los principios y valores constitucionales. La importancia de la información para la satisfacción de los derechos fundamentales y el valor irradiante de los mismos en todas las instituciones constitucionales democráticas, tiene

como corolario la trascendencia o impacto que la información produce sobre todos los principios y valores que subyacen en el Ordenamiento constitucional.

**2.-** El papel del Estado y del Gobierno queda cuestionado en el Ciberespacio, pues la naturaleza de las llamadas comunidades virtuales no se caracteriza por el factor geográfico del territorio y el Estado. Es decir, por la soberanía territorial del Estado, donde la comunidad se desenvuelve y se aplican las normas. Para el derecho de autor significaría menor protección de la creación y mayor libertad de la información. Se precisaría una armonización internacional de todas las tradiciones jurídicas y regulaciones de la propiedad intelectual. Pero el Estado en su concepción actual exige fronteras electrónicas que desnaturalizan la red y afectan al libre y veloz flujo informativo, como al resto de los derechos fundamentales, y a los valores y principios democráticos. Fronteras electrónicas sólo aceptables en aras a los mismos derechos fundamentales y siempre que promovieran mejores condiciones para la creación y la información, sin restarle las bondades a Internet libre.

**3.-** El derecho de asociación puede mostrar un fortalecimiento aparente, aunque las posibles dinámicas de asociación unidas a la naturaleza técnica de la red y las posibilidades que ofrece la misma, pueden llevar a su perversión. Es decir, a una especie de "enquistamiento técnico" donde lo público y privado no tiene una naturaleza definida, y por tanto, podría suceder que las obras y la información allí accesibles nunca llegasen a considerarse "publicadas" con las consecuencias para el equilibrio de intereses y el pluralismo informativo en la Sociedad. El riesgo de que todo quede en un "asunto privado" entre "parte privadas" actuando "desde" o "en" sus propiedades, o sea, en "su territorio privado", donde cabría incluso su censura privada, es comparable al riesgo de que el Estado quiera convertir Internet en un exclusivo foro público bajo su control, invocando intereses comunitarios supremos.

4.- Este espacio virtual en el que no tenemos certeza cuál es su territorio y qué Estado puede tener competencia y jurisdicción en cada momento, y quién por tanto debe regular, parece estar exigiendo un nuevo "contrato social" global entre Estado/ Sociedad, así como sector público /sector privado, y sobre todo, individuo / Empresa, que influirá en que la red evolucione tanto como foro público como mercado, y donde la posible autorregulación tenga que respetar unos mínimos constitucionales. El diálogo entre Derecho, técnica y mercado parece lógico.

5.- En el ámbito de la propiedad intelectual pudiera pasar, si Internet se desnaturaliza, que la gestión de "productos informativos" por los mecanismos técnicos de control y protección, incluso no permitiera la copia privada y ofreciera una explotación económica sin precedentes, sin atender directamente a intereses públicos. Y como consecuencia, la información como mercancía se potencia a expensas de la información como bien público. La información como proceso público se distorsiona y el principio de legitimidad democrática se falsea.

6.- Desde que en Internet las categorías público /privado se solapan, se funden y confunden , y teniendo en cuenta que no existe contradicción entre "mercado económico" y "mercado político" y que libre no quiere decir gratis, ni público quiere decir libre, como privado no quiere decir en Internet siempre bajo precio ni carente de libre disposición, hay que afirmar que lo relevante en la red es la disponibilidad de obras o información para el público, y que cuanto más accesible universalmente mejor, tanto en el espacio el posible espacio público como en el privado, con compensación para el autor. Los intereses públicos /privados deben armonizarse para no pervertir la bondad de Internet.



7.- El contenido esencial de ambos derechos - derecho a la información y derecho de autor- no permanece incólume, incluso si se mantiene el régimen jurídico vigente en la Red y se desnaturaliza Internet. Se observa cómo la afectación de uno se encaja en la del otro, por su común naturaleza y su estrecha interrelación.

8.- El contenido esencial del derecho de autor se afecta al quedar sin sentido la clave del contenido esencial de la propiedad intelectual: el control de la copia física masiva, en función de variables cuantitativas, tiempo y espacio. Todos los derechos exclusivos del autor quedan reducidos a uno: introducir la obra en la red. De las facultades morales solo el acto primero troncal de decidir la difusión y controlar el plagio parecen posibles. La posible desnaturalización de la Red conduce a cambios en el contenido esencial muy parecidos, pero la causa y los efectos son muy diferentes.

9.- El contenido esencial del derecho a la información se afecta porque se amplía y fortalece. Ahora bien, la posible desnaturalización de Internet minimiza la magnitud de tal ampliación.

10.- En Internet la creación clama por su protección y la información por su máxima difusión.

**HACIA UN NUEVO DERECHO DE AUTOR EN INTERNET:  
PROPUESTA DE ORDENACIÓN**

---

A continuación se propone un marco doctrinal, a la luz de los derechos fundamentales y la arquitectura técnica originaria de Internet libre, conforme a sus principios técnicos de funcionamiento. Marco general que puede inspirar soluciones técnico- jurídicas concretas, pero no es ésa la labor principal de este trabajo, aunque se sugieren algunas a modo ilustrativo. Es una propuesta teórica más elevada, en el sentido científico, que permita encajar soluciones a la luz de los derechos fundamentales y los valores constitucionales, en un orden de respeto a los distintos intereses en juego. "*Its law is its code*"<sup>433</sup>, es una idea inspiradora que apunta a cómo los derechos fundamentales se potencian o restringen en función de la arquitectura de Internet que finalmente se adopte. Pues la supervivencia del derecho de autor o del copyright, al menos para ciertas obras, no la discute ni las posturas más contestatarias, como la de Richard Stallman, quien afirma "I dont think we should necessarily abolish copyright totally"<sup>434</sup> Y en aras a un nuevo equilibrio de intereses añade: "So the natural thing for us to do to make copyright law fit today's circumstances is to reduce the amount of *copyright* power that copyright owners get, to reduce the amount of restriction that they place on the public and to increase the freedom that the public retains"<sup>435</sup>

### **5.1. Hacia una Nueva Regulación Jurídica del Derecho de Autor.**

---

Una nueva realidad técnica con nuevos principios técnicos de funcionamiento, en su natural dinámica, provoca una nueva

---

<sup>433</sup> The code of cyberspace-its architecture and the software and hardware that implement that architecture-regulates life in cyberspace generally. Its code is its law. Or, in the words of Electronic Frontier Foundation (EFF) coufounder MITCH KAPOR, "*Architecture is politics*"., Lessig, L., o.c., p35

<sup>434</sup> STALLMAN entiende que no sería necesario abolir totalmente el copyright, cuando se pregunta "But what would make sense to do? If we believe in the goal of copyright stated, for instance in the U.S Constitution, the goal of promoting progress, what would be intelligent policies to use in the age of the computer network? Clearly, instead of increasing copyright powers, we have to pull them back so as to give the general public a certain domain of freedom where they can make use of the benefits of digital technology, make use of their computer networks. But how far should that go?. STALLMAN, R., *Copyright and Globalization in the Age of Computer Networks.*, Speech given at MIT in the Communication Forum on Thursday, April 19, 2001, p. 7 . Disponible en <http://gnu.org/philosophy/copyright-and-globalization.html>

<sup>435</sup> Ibid. p. 4

manera de producirse, distribuirse y comercializarse la información, que no deja imperturbable al derecho de autor sobre la misma. Fundado su régimen vigente en medios de comunicación de soportes materiales, cuya producción y comercialización de la información requiere costosas inversiones de dinero, tiempo y espacio, parece lógica su transformación al transformarse las realidades sobre las que se sienta. La nueva realidad técnica Internet ha mostrado como su infraestructura de comunicación "punto a punto", ha alimentado la creatividad de un nuevo software, que a su vez ha fructificado en nuevos productos, mercados y contenidos. El libre compartir información unido a la libertad técnica de la red ha rendido gran productividad creativa hasta la fecha. Al tomar cualquier iniciativa al respecto, no se debe olvidar que, antes como ahora, el fin último del derecho de autor es la promoción de la creación para el progreso de la Humanidad<sup>436</sup>, y la regulación del derecho de autor ha de tener ese punto de mira, atendiendo al conjunto de circunstancias<sup>437</sup>.

Tampoco puede obviarse que la creación, cuyo fruto es la información en toda su tipología, no sólo es objeto de este derecho, sino también de otros, de carácter fundamental, como es el derecho a la información, que a su vez nutre y del que dependen otros derechos fundamentales<sup>438</sup>. De manera, y consecuencia y secuencia lógica, la regulación jurídica que se haga del derecho de autor en Internet afecta, primero,

---

<sup>415</sup> Siguiendo los niveles de análisis de YOCHAI BECKLER, - "físico, organizativo, y de contenido"- parece lógico, desde el punto de vista científico al menos, que los cambios de naturaleza y de relaciones entre los distintos elementos de análisis, rindan sus efectos jurídicos en la institución que está siendo objeto de análisis.

<sup>437</sup> En España, el Gobierno ha preparado un Anteproyecto de Ley para la modificación del Real Decreto Legislativo de 1996, con el objeto, principalmente, de trasponer la Directiva Europea, lo que le permite además introducir algunas modificaciones la legislación anterior que ha resultado problemática. Y aunque, básicamente el legislador español sigue al comunitario, encontramos un elogiado afán de perfección en el sentido de querer atender todas las posibilidades técnicas y personales, que finalmente no contentan a casi nadie, y que no parecen a veces muy realistas. Renuncio, al día de la fecha, a hacer una crítica exhaustiva de tal proyecto, en tanto que su provisionalidad y exámen continuo originará cambios en su redacción que pueden conducir a un final distinto.

<sup>438</sup> Aquilatada, repetida y consolidada doctrina del Tribunal Constitucional Español, que se repite a lo largo del tiempo en las distintas sentencias. Así citando alguna, STC 76/2002, de 8 de Abril de 2002, donde una vez más se reitera "Tanto la libre comunicación de información como la libertad de expresión tienen una dimensión especial en nuestro Ordenamiento en razón de su doble carácter de libertad individual y de garantía de la posibilidad de existencia de la opinión pública, indisolublemente unida al pluralismo político propio del del Estado Democrático (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 78/1995, de 22 de mayo, entre otras muchas)". Fundamento jurídico tercero.

íntimamente, al derecho a la información, y, después, por extensión, al resto de derechos fundamentales que la Constitución reconoce, y por ende, a los económicos y sociales, y yendo más allá, a sus principios y valores. Es por ello que, el planteamiento esencial que se hace la doctrina vista, en general, es el equilibrio entre el derecho de autor y el derecho a la información<sup>439</sup>. Y por el análisis hecho en páginas atrás, parece que el equilibrio que es bueno en el mundo real no lo es en el mundo virtual, que se torna en desequilibrio perjudicial para el fin último: la creación.

Equilibrios jurídicos que en Internet pasan por equilibrios técnicos. Es decir, no se ignora que los mecanismos técnicos de control y gestión del derecho de autor tienen mucho que aportar en este sentido. Ahora bien, hay que aclarar dos posturas radicales, que no parecen ser las mejores soluciones: tanto un control absoluto, que por otra parte tendría que permitir las mismas excepciones a los derechos exclusivos, a modo de imitación o imposición del mundo real en el virtual; como una libertad absoluta que no permitiera ningún derecho exclusivo. Además, se asume que técnicamente todo es posible en un sentido como en el otro. Aquí se parte de la premisa de que ambas son posibles, pero que, desde el punto de vista jurídico, hay que adoptar aquella que permitiendo la máxima libertad, tan rentable para la creatividad, también posibilite incentivo moral y económico al autor, asimismo necesario para la creatividad. Y, por lo tanto, las soluciones técnicas de control del software requerirán de continua renovación y vitalidad, pero, de una manera u otra, dejando gran margen a la libertad, que técnicamente parece incontenible.

Y es por ello que pretender que todos los controles se concentren en la red es tan inútil como dañino para el fin último. De ahí que se anime al concurso entre el mundo real y virtual a efectos de control: es decir, control en el origen,

---

<sup>439</sup> En términos norteamericanos "first amendment/copyright".

antes de la entrada en la Red, donde se asegure un incentivo económico y la autoridad moral de la paternidad de la obra; y control temporal<sup>440</sup> en la red, donde se asegure explotación comercial y que permita "medir" la demanda, para el justo reparto de ingresos que pudieran provenir por otras vías<sup>441</sup>. Y siempre permitiendo la libertad de la copia<sup>442</sup> para uso y difusión privada que, es incontenible a partir de cierto momento<sup>443</sup>, además de deseable, para mantener el equilibrio y los beneficios de la red. Es posible que algunos sujetos paguen por la información, pero una vez liberada en la red, es incontrollable su copia y posterior transmisión en usos privados. Y en el caso de que la copia fuera técnicamente imposible, como parecen apuntar algunas soluciones técnicas, en orden a que no fuera contrario a los derechos fundamentales, universalmente proclamados, habría que arbitrar formulas jurídicas y políticas de libre acceso, precios y gratuidad, en algunos supuestos<sup>444</sup>. Establecer el acceso a la información sin posibilidad técnica de copia para el público \_ mediante el *hardware*, el streaming o bursting, p.e\_ podría permitir el control exhaustivo y sin precedentes de las creaciones (música, películas...), permitiendo otros mercados y fuentes de ingresos, pero no la libertad de información que técnicamente aporta Internet. Desnaturalizar el medio técnico, impidiendo sus bondades naturales y el ejercicio de derechos fundamentales, que se ven mundialmente cercenados,

---

<sup>440</sup> Habrá que determinar, técnica y económicamente los tiempos útiles al efecto.

<sup>441</sup> Cánones, impuestos, tasas, pagos directos al autor cuando se accede a la obra o, por ejemplo, si posteriormente se quiere premiar y compensar al autor por su creación, etc....

<sup>442</sup> Habrá que ponderar si la copia privada ha de hacerse posible desde el primer momento o a partir de determinado tiempo. Ahí la naturaleza y posibilidades del software de control tendrá mucho que decir.

<sup>443</sup> Me refiero a que aunque haya software que continuamente esté cambiando, a través de empresas del sector que estén prestando estos servicios, y obstaculice accesos ilegales, la capacidad de copiar la información y transmitirla es de imposible control. E incluso si no se permite la copia, parece probable, a la luz de lo acontecido hasta el momento, que siempre haya quien "descubra" como desactivar o utilizar medios para la copia y reproducción.

<sup>444</sup> Por ejemplo, después de un periodo de explotación y control de la información, durante un tiempo técnicamente seguro y económicamente útil, dando acceso limitado y pagado, después dejarlo libre para la copia privada. Si la puesta a disposición al público no tiene prácticamente costes y la transmisión es global, no hay razón para imponer precios disuasorios del ejercicio del derecho a la información. Y aunque bien es cierto que determinados productos creativos, tales como la música, el software, las películas o productos audiovisuales, en general, requieren fuertes inversiones previas a su producción y distribución, que nadie invertiría sin el propósito no sólo de recuperar, y obviando incluso la creación misma, también es cierto que la magnitud global del "espacio Internet" puede permitir grandes volúmenes de negocio sin necesidad de entrar en las reglas convencionales del mercado.

es no sólo anticonstitucional sino contrario al Derecho público internacional.

Para que la red continúe siendo lo más libre posible, el control ha de situarse, preferentemente, en el mundo real. No es cierto que el mundo virtual acabe con el real o viceversa, sino que han de colaborar, y el uno puede apoyar y estructurar al otro. Y ya dentro de la red, lo importante es lograr un equilibrio entre el uso de mecanismos técnicos, para proteger los intereses privados del autor, y el libre acceso, para proteger los intereses públicos, conforme a las nuevas realidades. Concluyendo, pues, que la protección y compensación al autor o titular del derecho procederá de diferentes vías jurídicas y técnicas, públicas o privadas, tanto en el mundo real como en el virtual. Todo ello es objeto de explicación en las siguientes páginas.

#### **5.1.1. Los Principios Jurídicos Ordenadores**

---

Sentado por la doctrina, proclamado por la jurisprudencia y reconocido universalmente por la ley, el fin de la institución del derecho de autor es el de proteger la creación para el progreso de la humanidad. Y por ello resulta conveniente incentivar al autor que es la fuente creativa, tal como ya se ha recogido. Existe este fin universal, con independencia del medio, el modo, el espacio o el tiempo. Este fin subyace a la legislación de los medios de comunicación actuales y anteriores a Internet. Sin embargo, este nuevo espacio técnico que revoluciona todos los "media" existentes, muestra una realidad, que, mirada con el sesgo jurídico, revela una nueva fisonomía de la institución. A lo largo de todo el análisis no se ha hecho otra cosa que mirar esa realidad virtual contrastándola con la real, con el objeto de identificar esas nuevas realidades jurídicas que afectan al derecho de autor. Paralelo al principio técnico eje de toda la arquitectura de Internet, y de las

consecuentes características que la configuran, el "*end to end principle*" o "comunicación punto a punto", se induce un principio jurídico general: la creación es a disposición del autor y la difusión a la del público<sup>445</sup>. Principio general que como tal tiene sus excepciones, y que en Internet opera para la mejor consecución del fin último de la institución. Principio o criterio quizá incoado en el régimen vigente, pero sólo ahora ha sido posible su manifestación. Y viene a esclarecer una maraña de problemas que, desde la concepción vigente, parecen insolubles, y que hablan de la incapacidad del Derecho vigente para hacerles frente, y de una "revolución" de la institución en su diseño jurídico liberal, y de una permanencia de los fundamentos tradicionales que se remontan al Clasicismo.

Que la creación se somete a la disposición del autor y la difusión a la del público, es una afirmación cuya compresión requiere la explicación de las realidades jurídicas que se han mostrado relevantes para la nueva regulación. En principio, cabe decir que el autor crea y decide sobre el resultado de su creación, pero, una vez ejercida la decisión de difundir en Internet, de las maneras posibles y con el valor económico que se presumirá al consentimiento, la información es del público para su ilimitado conocimiento. Mientras que la creación es costosa, "limitada", y permanece en el orden individual, en contraste, la difusión de la información es barata, "ilimitada", y traspasa al orden social. En otras palabras, la producción creativa del autor es muy "cara" y hasta escasa, pero el consumo de la información por el público puede ser "ilimitada" y hasta muy barata, sin riesgo a su extinción en la red. La creación necesita ser incentivada, y aunque el modo inmediato es compensar al autor, el fin último es el progreso cultural de la Humanidad, que se pone en juego. La creación, que tiene unos costes humanos, materiales e intelectuales, merece asegurarse mediante alguna compensación, que el Derecho, instrumento rudimentario, sólo puede asegurar que sea económica. Y, por supuesto, merece, en la medida de lo posible, protección en la

---

<sup>445</sup> STALLMAN, R., "Reevaluating Copyright: The Public Must Prevail"., *Oregon Law Review*, Spring, 1996



esfera espiritual. Pero una vez la información en la Red, y con independencia de otros posibles mercados, la difusión es imparable técnicamente, de manera que el público puede acceder a su conocimiento ilimitado, digamos, lo que redundará en beneficio del fin de la institución. A mayor tributo con la sociedad por parte del autor, mayor devolución a la misma por parte de los titulares de derechos. Y así se cumple en Internet: donde se beben tantas fuentes, se utilizan tantas de sus herramientas, y donde la creación propia o ajena es el origen o el medio de otras tantas creaciones, que aunque se reconozca en cada creación su núcleo original, se ha de devolver al espacio público para su máximo goce y conocimiento.

El consentimiento primero del autor de "publicar" y la "publicación" se han revelado históricamente como los grandes "hitos" con trascendencia jurídica para regular la institución, pues revelan el ejercicio más radical de soberanía del autor. Y es en este punto clave, antes de la entrada en la Red, donde hay que compensar económicamente al autor, con independencia de posibles subsiguientes explotaciones. Pero a su pesar, una vez liberada en la red, es libre y fuera del control del autor o titulares. Y de ahí, también, que la prueba de la paternidad sobre el original se asegure en el mundo real, a través del registro oportuno, y sin perjuicio de su posible acceso y disponibilidad en la red, mediante las garantías oportunas, para que el autor y su criatura no pierdan su carácter y fuerza jurídica en la libertad irrefrenable de la Red.

La fisonomía de la nueva realidad informativa en el espacio cibernético ayudará a entender, por un lado, este principio, y a conocer cómo opera en cada uno de los elementos del derecho de autor, evidenciando una nuevo régimen jurídico.

### **5.1.2. Acotación Jurídica de la Nueva Realidad en la Red para el Derecho de Autor.**

---

De la observación y descripción en Internet de la realidad de la información y el derecho de autor sobre ella, se ha inducido un criterio general que, aunque extraído del "todo" que es el derecho de autor e Internet, al aplicarlo en cada uno de los elementos, muestran, algunos de ellos, su nueva factura jurídica en la red. En principio se enunciarán en su formulación vigente, y después en lo que parece poder ser su nuevo acuñamiento.

**Objeto:** la expresión de la obra original fijada en un soporte.

-La expresión que es la que viene añadir las dosis de originalidad, gana y pierde en Internet, como se ha visto. La forma es inevitable en la red, porque todo pasa por escrito o por alguna forma de expresión. Ahora bien, siempre que encuentre cualquier expresión una impronta personal se cumple el requisito. Toda forma es protegible, salvo que en el comercio electrónico, no propiamente de información, esa protección, por su rigidez, entorpezca la fluidez de las relaciones comerciales, laborales, o personales, que inevitablemente en la red se sustancian informativamente. Se entendería, pues, que en tal caso, estamos ante materiales que son hechos e ideas<sup>446</sup>, expuestos sin originalidad alguna, es decir, fuera de protección por el derecho. Y en la medida de la originalidad de las expresiones se calibrará el valor económico, o cual sea, que se dé al consentimiento de difusión del autor. La expresión es valorable siempre que contenga dosis de impronta personal, que en su máxima consecución será plena originalidad.

Quizá pueda parecer que hoy es más fácil que nunca la creación, dadas las posibilidades de información y conocimiento de que disponemos. Siendo verdad, a consecuencia de la interacción y retroalimentación de información que ofrece la

---

<sup>446</sup> A los que no hay que minusvalorar puesto que sin ellos la red se vacía. Y más aún, sin éstos, la expresión está hueca de contenido, sería algo casi "inútil".

red, también es más difícil que nunca. El acervo disponible a nivel mundial en la red, puede significar no sólo la reducción de nuestra capacidad de asombro, sino, también, de nuestra capacidad de superar y añadir dosis de originalidad a lo recibido culturalmente de la sociedad. De ahí que no se pueda prescindir del incentivo y la protección jurídica de la creación en la red<sup>447</sup>. Incentivo que puede ser económico, pero sin prescindir de todos aquellos posibles, entre ellos los que genuinamente la red está más capacitada para ofrecer, como es la fama universal. Se recibe mucho, pero es más difícil la aportación personal, a partir de lo recibido. Pero si mucho se recibe justo es dar mucho, de ahí propugnar la máxima difusión libre de mensajes creativos en la red, más, cuanta más originalidad posean. Y a su vez mayor protección y compensación. De ahí que se valore hasta en sus mínimas dosis, y se valore al máximo cuanto más se aporte. De manera que ese continuo flujo de máximo conocimiento y máximo esfuerzo creativo de originalidad, a nivel global en la dinámica Internet, puede producir tal progreso, que conlleve a un cualitativo salto en la evolución cultural de la Humanidad. De manera que el fin rector máximo de la institución rendirá de nuevo sus frutos y su conveniencia.

Siendo una realidad jurídica que toda expresión con impronta personal es protegible, la originalidad es la esencia de la institución. Y su protección y compensación debe asegurarse incluso antes de su entrada en la red, con independencia del tipo de obra.

**-El soporte** es necesario e imprescindible en el origen, pero volátil, innecesario y libre en la red. La creación requiere la fijación y materialización; la difusión la libertad o espiritualización. Puesto que la ficción de suponer "soporte material" lo que no lo es en el ciberespacio crea problemas hasta el absurdo, se reconoce que la creación requiere fijación

---

<sup>447</sup> Con ello, intento fundamentar la conveniencia del mantenimiento de la institución en la red. Puesto que no es difícil pensar que si es fácil lucrarse económicamente con la información en la red, no se requiere ya de la institución en la red.

y materialización. La difusión libertad y espiritualización. Lo primero facilita la protección de los intereses de los autores y su paternidad sobre lo que es fielmente su original, puesto a buen recaudo de posibles manipulaciones en la red. Y, la inmaterialidad de la difusión potencia el conocimiento y la creación misma, al servicio todo ello del fin de la institución<sup>448</sup>.

**-Contenido:** Conjunto de facultades económicas y morales exclusivas del autor / titular sobre su obra.

Aunque la decisión y consentimiento de difundir por primera vez y de una vez o en diferentes actos, pero para siempre en el espacio público, es una facultad moral troncal del autor, con trascendencia económica, sin embargo, en el espacio Internet, por sus características técnicas, hay un cambio de prelación en el contenido<sup>449</sup>. Es la atribución de la obra, o sea, su paternidad, la facultad raíz de la cual dependen las demás, incluida la facultad de difusión. Y aunque el autor dispone de su creación, la paternidad es indisponible e irrenunciable, como excepción. El autor /es puede exigir el reconocimiento de su paternidad, pero no el control de todos los usos posteriores que se hagan de la misma en el libre flujo de la red, una vez consentida su liberación en la misma,- sin perjuicio de criterios de estimación objetiva para determinar posibles ingresos en la Red. Consentimiento que no se puede otorgar si no se posee el título de la paternidad. La obra le pertenece en el origen, y en su concepción original, pero una vez en la red "se vacía" casi su potestad sobre ella. Solo puede exigir que nadie se la atribuya tal cual, lo que sería plagio. O que la modifique en su nombre pero sin su autorización. O que se comercialice sin su consentimiento como creador. Después de esto, la obra corre libre para el público y en el público en la Red. Así pues, la atribución de la paternidad es clave de todas las facultades

---

<sup>448</sup> Cabe pensar que es al revés de lo que ha acontecido hasta el momento: la creación no necesitaba propiamente de la materialización, pero sí su difusión para que a través de la reproducción masiva se propagara cuanto más mejor y mayor explotación económica.

<sup>449</sup> El cambio de infraestructuras de la comunicación, su organización económica social así como de los contenidos que se producen, también conlleva un cambio en la regulación del derecho sobre la información que allí se porta.

morales o económicas, y requiere su registro constitutivo previo en el origen<sup>450</sup>. El título de "creador" es la fuente de facultades morales y económicas, y permite el control y la compensación económica en el origen.

**-Sujeto:** El autor / es o titulares de la información son parte del público y los sujetos del público son o pueden ser autores en la dinámica de la red. Son situaciones o relaciones jurídicas intercambiables. Si la creación es a la voluntad del autor, la publicación es al conocimiento y goce del público<sup>451</sup>. El autor toma de todas las fuentes sociales y culturales de las que tiene conocimiento y disposición, que en la red son o pueden ser muchas. Sin obras no es posible difusión informativa alguna, en aras del conocimiento y goce estético de los sujetos del público, que redundaría en progreso social y cultural. Lo que a su vez, en un ciclo constante de retroalimentación, permite más creación y creadores. Ese es el fundamento del aconsejable acceso libre a la información para su visualización, o conocimiento, aún incluso sin copia. Acceso que puede conceptualizarse y administrarse de diferentes formas en orden a disponer tiempos y posibilidades para la explotación económica. Sería absurdo que el progreso técnico redujera las posibilidades de ejercicio del derecho a la información, en vez de ampliarlas. Puesto que en los medios tradicionales siempre es posible el acceso al conocimiento de la información a través de las bibliotecas, fonotecas o hemerotecas. En la red no podría ser menos: por lo tanto, el acceso libre aún sin copia o la copia privada libre corriendo por la red, pueden ser, a modo de ejemplo, formas de satisfacer esos intereses públicos. Quiere decirse, también,

---

<sup>450</sup> NOAM ELI., "Why the Internet will be Regulated"., *EDUCOM REVIEW*., Sept/October, 1997, p. 14 y ss. El autor sostiene que no se trata de regular la información en el cyberspacio por el que corre libre, sino en el mundo físico y real al que corresponde la propiedad y las personas. El objeto de consideración, desde el punto de vista territorial, es lo nacional o local, donde debe realizarse la regulación y la autorregulación. El autor sostiene "If one cannot grab the bits, grab the user or their non-mobile assets.....More freedom for virtual cyberspace means less freedom in the traditional physical space", p. 14. Efectivamente, si no se puede controlar la información en la red, la regulación debe ir dirigida al cibernauta o sus propiedades en el mundo fuera de la red. Más libertad en la red, significa menos libertad en el mundo físico tradicional, se afirma.

<sup>451</sup> El principio técnico "comunicación de punto a punto" de Internet, se corresponde con el principio jurídico básico autor-público y sus respectivos derechos sobre la creación y la difusión.

que los intereses que daban vida a las llamadas "excepciones al derecho de autor" se pueden ver más que sobrepasadas con esas posibilidades. Pero todo ello con compensaciones a través de sistemas de imputación objetiva de acceso y beneficio correspondiente.

El autor se despoja de sus oropeles divinos, como creador desde la nada, y aunque sigue siendo el centro de imputación de los derechos, dista mucho de considerar su obra como una "mercancía"<sup>452</sup>. El autor es soberano en el origen creativo; el público en el destino de la información. La voluntad creativa de los autores o titulares de derechos está al servicio del conocimiento del público, por la difusión. Y a su vez, al llenar las fuentes informativas se potencia la capacidad creativa de los autor / es, que son parte del público. En definitiva, en Internet la información es de la sociedad (global). La creación del autor / titulares, con excepciones. Y la información es del público, con excepciones. Es decir, el público no puede comercializar o atribuirse la obra, ni el autor puede disponer de su autoría.

**Tiempo-espacio.** : El espacio en Internet nace, técnicamente, libre de fronteras, e instantáneo en el tiempo. Las barreras físicas o temporales que se impongan, no sólo desnaturalizan la red sino que lo hacen contrariando los principios democráticos universales, y por supuesto, vulnerando el derecho a la información y el derecho de autor. En Internet la información tiene vocación de libertad y globalidad, lo que es consistente con nuestros principios y valores constitucionales, así como con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU. En consecuencia la realidad que se manifiesta en este punto es que

---

<sup>452</sup> En definitiva, la contradicción liberal de información como mercancía privada limitada en mercado de la competencia, e información bien público ilimitado se resuelve. Al reducirse la información como mercancía, pues se reduce la comercialización de su difusión, y principalmente se paga al autor por el consentimiento de transmitir su obra al espacio público, es posible su puesta a disposición al público no como mercancía, sino como un bien libre, aunque existan actos de transmisión bajo precio para asegurar el incentivo de la creación, pues el consumo es ilimitado. como un bien libre, aunque existan actos de transmisión bajo precio para asegurar el incentivo de la creación, pues el consumo es ilimitado.

la información, su difusión en la red, es universal: En Internet la información es universal.

A continuación, se pretende aclarar las anteriores afirmaciones.

## **5.2. El Objeto de Permanente e Ineludible Protección: la Creación**

---

Llegado a este punto de la reflexión, de algo no cabe duda: sin creación los medios de comunicación están vacíos. La red de redes global está seca sin nada que ofrecer. Sin creación ni las infraestructuras, ni la organización comercial ni la protección jurídica tienen sentido. Y la creación tiene un origen muy determinado: la persona física. Persona que puede ayudarse en el proceso creativo, y sobre todo en el proceso de producción y comercialización, de las organizaciones, empresariales o no, con todos sus recursos materiales, personales y financieros. Pero, aún así, la fuente creativa es cristalina: la persona física: el creador o autor.

Los siglos demuestran que sin reconocimiento jurídico de la institución e incluso sin compensación económica, los autores crean con mayor o menor fortuna de originalidad. La creación existe con independencia de su reconocimiento y protección jurídica. Son los intereses empresariales los que no subsisten cuando ésta no es rentable; aunque haya que reconocer que existen procesos creativos muy sofisticados en nuestros días, como lo es el software o incluso los productos audiovisuales, que requieren de grandes recursos ajenos, como los que presta la empresa, para sacar adelante el proyecto creativo. Internet, en este sentido, viene a abaratar costes y compartir recursos<sup>453</sup> que de otra manera estarían sólo a expensas de algunas organizaciones. Todo ello no obsta para seguir sentando que la creación y el creador se imponen de forma natural a todo ello, aunque sea

---

<sup>453</sup> El movimiento del llamado "*software libre*" es un magnífico ejemplo.

aconsejable favorecer todo lo que venga a incentivar este bien escaso y valiosísimo que es la creación.

Es fácil sentar que la creación es una realidad inherente al ser humano, cuya protección a través del derecho de autor se ha mostrado útil a lo largo de los siglos, que requiere de alguna fijación para ser legada en la Historia de la Humanidad, y para su protección jurídica en sociedad. Fijación que puede realizarse en cualquier tipo de soporte, sea o no informático, y en lenguaje directa o indirectamente legible por el ser humano, con tal que se posibilite el acceso y conservación. Creación que sin su comunicación o publicación<sup>454</sup>, cual sea, se agota en sí misma sin llegar para su aprovechamiento al conocimiento y al goce estético de la sociedad, siendo semilla de nuevas creaciones. De ahí que el derecho de autor cobre toda su fuerza cuando la "creación está difundida" o puesta a disposición del público. Y esta sencilla realidad es fácil de llevarse a cabo en Internet. El gran problema es otro: el económico. Cómo incentivar y compensar económicamente en la red a los autores, y cómo seguir manteniendo los procesos industriales que generan grandes fortunas a las empresas de información y entretenimiento. La primera parte del problema parece soluble; la segunda es más complicada, puesto que requiere profundos cambios.

#### **5.2.1. El Nuevo Valor Jurídico de los Elementos En Internet**

La expresión, y en tanto que expresión original, fijada en un soporte, son elementos que están experimentando un cambio sustancial en la red, que se traduce en su nuevo valor jurídico. Así, la elaboración de expresiones es el elemento natural por el que se sustancia todo tráfico en la red, pero no todas son originales, con las dosis de originalidad suficiente o la impronta personal suficiente para ser susceptible de protección. Además de que, en su mayoría, se trata de expresiones de hechos

---

<sup>454</sup> Con independencia de cómo se sustancie y defina ésta en la Red.



o ideas, fuera de protección. Y en aras al equilibrio de intereses de autores / público, se impone que las formas expresivas por las que se sustancie el comercio electrónico, en general, como las relaciones que se traben en la red, no se consideren objeto de protección, sino dentro de las ideas y hechos, y sin la originalidad necesaria, salvo excepciones claras. Aquí los productos software que se creen al efecto, pueden colaborar a separar lo "creativo" de lo que forma parte del acervo común fuera de protección, enfocados a restablecer un equilibrio informativo en la red, sin feudos sórdidos a las voces de la sociedad en general<sup>455</sup>. O es más, con independencia del *software*, atendiendo a la misma realidad en cuanto a lo creativo o no creativo. Pues ni la "expresión" es tan "original"( del autor), ni los hechos /ideas son tan "de nadie" (acervo común) como para no atender en cada caso a su posible protección. En el mundo convencional, la producción industrial (por los soportes materiales) y la comercialización de los productos informativos (creativos), protegidos en su totalidad por el derecho de autor o *copyright*, eran "instrumentos" suficientes para compensar la "recolección"<sup>456</sup> o creación de hechos /ideas /conceptos<sup>457</sup>.etc... Ahora, en la Red, al estar desprovistos de ese soporte susceptible de producción industrial, y al ser concebidos, bajo la institución del derechos de autor, como elementos fuera de protección, quedan "desnudos" para su total utilización sin compensación alguna y en ningún momento. En este sentido, una categorización de las creaciones puede arrojar luz, como se verá más abajo.

El soporte material es necesario para la constancia de la creación, pero una vez transmitida en el ciberespacio no se

---

<sup>455</sup> Parece que la carga de usar este software deberá correr a cargo de los titulares, aunque el Estado pueda supervisar. En esta dirección apunta la Directiva del derecho de autor en la Sociedad de la Información.

<sup>456</sup> Aquí es donde recaen las críticas de autores como BOYLE, que denuncia cómo se toman hechos, o ideas o tradiciones, que son parte de la cultura común o de pueblos, y se presentan como creaciones propias, por la expresión que, en mayor o menor medida añaden, haciendo de ello un negocio. De alguna manera, aunque es diferente y en lo que añade de nuevo y utilidad merece protección y compensación, las bases de datos se asientan en la misma crítica.

<sup>457</sup> Me refiero, por ejemplo, a la investigación científica o técnica; e incluso, en el periodismo, al mundo de las noticias y de todos los géneros periodísticos en torno a ellas. El hecho de la noticia puede ser de todos, pero su detección, o captación, y expresión es un elemento valioso.

puede afirmar que exista soporte material, aunque ello convenga para sostener el edificio del derecho vigente, basado en la copia, y por ende, mantener las facultades exclusivas de reproducción, distribución, exhibición, o comunicación pública. En la red se convierte en un recurso barato de disponibilidad ilimitada<sup>458</sup>, y, por lo tanto, también la difusión. Su volatilidad e inmaterialidad son patentes, con independencia de que exista o se produzca copia en soporte estable. Tales características son las que operan para el funcionamiento de Internet con las bondades que todos apreciamos. Esta espiritualización de la difusión en el ciberespacio tiene consecuencias ineludibles<sup>459</sup>, y reconocer la evidencia nos lleva a cambios profundos de la institución. Puesto que al obviarlo por la ficción jurídica de entender "soporte material estable" lo que no lo es, aunque parece salvar la estructura establecida de inmediato, provoca más problemas y contradicciones, ya identificados, que resuelve. La no necesidad de materialización para la difusión, o transmisión en la red, significa que aunque el primer acto de decisión de difusión es capital para el equilibrio de intereses públicos / privados, ya la institución no se basa, sobre todo desde el punto de vista económico, en la difusión y en el control de la copia que lo hace posible en los términos establecidos. Ahora, consecuencia del consentimiento de la transmisión de la información, puede dar lugar a accesos a la misma, y al control de los accesos, por medio de los mecanismos técnicos de control "*ad hoc*". Es decir, el "control de la copia" se sustituiría por el "control de acceso", y, si se pretende la máxima explotación económica, sin posibilidad de copia o libre acceso. De manera que la institución contemporánea del derecho de autor, en ambas tradiciones, basadas en el control de la "copia masiva", queda minada por su inexistencia en un no soporte y por su calidad de original, así como por un posible

---

<sup>458</sup> Dice si un recurso es "rivalrous", digamos, consumible y agotable en el mercado, es sistema de control es necesitado, para asegurar su producción y evitar su abuso en el consumo. Pero si un recurso es "nonrivalrous", es decir, inagotable y disponible a pesar de su uso y consumo, entonces el sistema de control es sólo necesario para asegurar su producción pero no su uso. En nuestro contexto, lo que hay que asegurar es la creación, pero no el soporte, que en la red se torna ilimitado. No importa cuánto ni cuantos lo usen o consuman. P. 95

<sup>459</sup> Consecuencias también en el sistema de producción y comercialización, que afectan a los intereses empresariales establecidos. Pero estos pueden ser sustituidos por otras necesidades que la red trae, como es el marketing, promoción o publicidad.

único derecho de acceso, que puede no dejar lugar a un "no control de la copia"<sup>460</sup>. Aunque la pretendida copia<sup>461</sup> puede o debería correr libre, siendo privada y sin ánimo de lucro, en aras del equilibrio de intereses y de los derechos fundamentales. Hay decir que, para que los posibles mecanismos de gestión de los derechos de autor estén al servicio del autor y el público y a favor del fin del derecho de autor, deberían ser técnicamente lo más rápidos posible para no entorpecer el tráfico, y que jurídicamente permitan, aún considerando distintos posibles tiempos de explotación<sup>462</sup>, con posible copia material libre o acceso libre, con la finalidad de equilibrar intereses y restablecer la libertad en la red, si mermada durante el uso limitado y condicionado de estos mecanismos de gestión. Control de "accesos" que no son equiparables al control de las copias, sino un posible instrumento para la imputación objetiva de ingresos. En definitiva, se trata de equilibrar derechos: derecho a la información / derecho de autor; derecho de autor/ derecho a la libertad; derecho a la libertad /derecho a la seguridad, .etc..

Este nuevo valor jurídico del soporte conlleva, en interacción con las características técnicas de la red, como después se describirá, a un rediseño del contenido esencial del derecho de autor. En definitiva, se trata de la consecución del proceso histórico de "espiritualización" del derecho de autor, con el triunfo de las facultades morales.

---

<sup>460</sup> Quiere decirse, porque la copia, en su entendimiento convencional, no existe, no es posible ni su control ni su no control, sencillamente porque no existe como tal.

<sup>461</sup> Es decir, la posibilidad de hacer copia en el disco duro o en cualquier soporte, salvando pues la volatilidad de la memoria RAM, on-line.

<sup>462</sup> Categorizando el tipo de creación e información, sería más conveniente en algunos casos dejarla correr libremente desde el primer momento en que entra en la red, remunerando adecuadamente al autor en ese primer acto, o previendo mercados secundarios o usos nuevos de la información que redundan en su compensación económica (para el trabajo científico- técnico, o periodístico, por ejemplo). En otros, como los productos audiovisuales ( música, películas, etc) sería, quizá, más recomendable programar este software en un funcionamiento limitado en el tiempo, con posibles usos de explotación, posibilitando recuperar la inversión y generar beneficios.

### 5.2.2. La Creación en el Espacio Virtual: Propuesta de Categorización

---

Virtud de la técnica, hemos retornado al estado del Clasicismo: la creación se protege en tanto la dignidad del autor, y se abandona el control de la copia en tanto unidad e instrumento de compensación al autor. Naturaleza jurídica del derecho de autor en el Clasicismo, desvirtuada económicamente después. Pero a diferencia de entonces, ahora la creación se libera del soporte para su conocimiento y goce estético ilimitado por parte del público, pero al igual que entonces el "manuscrito original" se convierte en la prueba irrefutable de la autoría y de su entrada en el acervo cultural de la Historia. Su puesta a buen recaudo en los registros oportunos se hace necesaria, y su incorporación y preservación valiosísimas. Después es virtual, o sea espiritual, y del mundo, con el respeto de las facultades morales. Si en la Antigüedad, es la autoría la que confiere al autor su dignidad y ésta es la que se protege en su obra, y no el control, que no se ejerce, para su comercialización; y si en la concepción liberal, como se ha visto, es la autoría la clave de bóveda para la división de intereses privados e intereses públicos, y sus consecuencias político-económicas, ahora es la autoría, o sea la paternidad de la creación, la que permite, en todo caso, no sólo la protección de la dignidad del creador sino también sus intereses, como punto de origen hacia la universalización y libertad de conocimiento de la sociedad global en la red, donde lo público y privado tienen contornos intercambiables, según el contexto, y donde la explotación económica a través de la difusión<sup>463</sup>, no es requisito "*sine qua non*" para la disposición pública de la obra.

La creación es cara. La difusión, merced a la inmaterialidad del soporte, muy barata en Internet.

---

<sup>463</sup> Entendiendo la difusión convencionalmente como forma de explotación económica de la información.

Concepto de autoría que no se tiñe de tintes exclusivamente individualistas, sino que rinde cuentas con la sociedad y la historia a través de la difusión libre y universal, lo que no quiere decir que sea siempre o en todo caso gratuita en la Red.

Se reduce la mercantilización, propiciada ésta por la materialización y escasez de soportes o los altos costes de producción y distribución en el mundo "real". Ahora se compensa la creación a través del "acceso" a la información, pero no se basa en el control de la copia masiva<sup>464</sup> (su mercantilización). El sentido del reconocimiento del derecho de autor en la actualidad, más que nunca, se ha de basar en la protección de su dignidad autoral, y en el reconocimiento de su paternidad. Por ello, su compensación económica ha de estar asegurada incluso antes de su entrada en la Red: Y para ello habrá que arbitrar distintas formulas: Desde la desgravación<sup>465</sup> de impuestos a empresas que patrocinen a los autores; como impuestos sobre *hardware* o *software*, cánones en los materiales de grabación, tasas, etc., que después se repartirán sus ingresos según el número de accesos a las obras; hasta, incluso, partidas presupuestarias estatales obligatorias, o la obligación de las empresas de dedicar parte de sus beneficios en la creación científica o artística. En definitiva se trata de implicar a la sociedad entera en lo que nos beneficia a todos y de lo que todos nos beneficiamos<sup>466</sup>

Por supuesto, también en la Red se protegerá la explotación comercial: que variará según la categoría creativa, para establecer tiempos de comercialización y el tipo de *software* o servicios de *software*<sup>467</sup>, que permitan tiempos útiles y seguros

---

<sup>464</sup> LESSIG, L., "With the nonrivalrous resources, technology can't itself solve the problem of incentives". P. 97 De acuerdo con el autor, en este tipo de recursos, la tecnología en sí misma no puede solucionar la cuestión de los incentivos al autor; éstos han de venir de otra fuente.

<sup>465</sup> De muy importantes cantidades, para que sea atractivo y efectivo.

<sup>466</sup> Y este tipo de acciones puede ser una buena forma de concienciar a la Sociedad, en vez de implorar siempre a la buena "educación" del público, que definitiva, resulta inútil.

<sup>467</sup> La práctica más frecuente cada día es que se contratan servicios de software. Y no interesa tanto la compra de un producto concreto. Sino que la empresas proveen servicios de actualización continúa, que permite la explotación de los productos de manera segura, de manera que los hackers o piratas tengan dificultades de descubrir las claves que dejarían sin efecto la seguridad y efectividad del software.

de explotación. Para después, o incluso simultáneamente, permitir la copia privada libre, que satisfaga las excepciones, ( la llamada "fair use" o usos privados del público), para suplir la insensibilidad de las medidas tecnológicas hacia los mismos. Si en el régimen vigente, los plazos, antes de pasar al dominio público<sup>468</sup>, tienen sobre todo una función de permitir recobrar la inversión creativa y empresarial, y la obtención de beneficios, ahora tanto lo primero como lo segundo se pueden satisfacer con facilidad y brevedad en Internet, al reducirse los costes y al disponer de un mercado mundial de posibles precios accesibles, con unas técnicas de marketing y publicidad, que prometen grandes ganancias. Sin contar todos los posibles mercados secundarios que posibilitan nuevas formas de ingresos. La nueva economía digital irá abriendo caminos y posibilidades.<sup>469</sup>

La troncal facultad moral / económica de disponer de la difusión o transmisión, aunque muy agotada en el primer acto de ejercicio en la red, siempre permitirá, sin perjuicio de los pactos que se hayan acordado, seguir comercializando o promocionando su obra, si así lo desea el autor o sus causahabiente, antes de su ingreso en el dominio público, que queda muy debilitado, en el sentido todavía vigente. Paso al mismo, que tendrá mínimos efectos, salvo la posibilidad de comercialización exclusiva por los titulares. Precisamente, otra forma de favorecer los intereses públicos, es la pronta y rápida entrada de la obra en el dominio público, dependiendo de cada categoría creativa. Y es que la permanente disponibilidad de la obra en la red, como la posibilidad de copia libre o acceso libre, a partir del acceso, propiciará que los intereses públicos / privados estén compensados.

---

<sup>468</sup> En un nuevo régimen jurídico debería pasar al dominio público en cortos espacios de tiempo.

<sup>469</sup> Sobre las diferentes posibilidades técnicas y jurídicas de protección, diferenciando publicaciones electrónicas, productos audiovisuales, de software, o música, citando algunos tipos de obras y productos distinguibles, véase: El material del Institute for International Research, de las conferencias sobre "Propiedad Intelectual en Internet" y "Propiedad Industrial. Marcas Y dominios en Internet". Celebrados el 19, 20 y 21 de Septiembre/2000 en Madrid.

En todas las ponencias se aprecia el esfuerzo empresarial, técnico y jurídico, por establecer controles que permitan, en general, la permanencia del "status quo" actual y el régimen jurídico vigente, pero que aseguren un negocio económico rentables sin precedentes. Ejemplo de ello, puede ser el llamado "proyecto europeo Imprimatur", que se recoge en las conferencias citadas.

El paso del ámbito exclusivo del autor sin transmitir la obra, al espacio Internet<sup>470</sup>, es para siempre y real, pues no habrá extinción de ejemplares o productos informativos<sup>471</sup> por escasez o limitabilidad<sup>472</sup>, y su acceso podrá ser siempre posible y no sólo a través de bibliotecas. Ahora la información es infinita, con trascendencia tanto en el ámbito político democrático, como en el ámbito privado del mercado. El necesario flujo informativo para la formación de la llamada opinión pública, que actualice el principio de legitimidad democrática, queda asegurado. De ahí la necesidad de rediseñar la institución para su permanencia en la red, en la protección moral del autor. La libertad informativa y creativa que propicia la red, que no significa siempre gratuidad, pone a disposición del público un potencial informativo, con una facilidad y accesibilidad que hace que los autores ganen económicamente, aunque no controlen las copias y usos ilimitados. Al mismo tiempo que gana el público, pues no sólo la información es más accesible y puede ser más barata que nunca sino que después, tras los limitados tiempos de explotación,<sup>473</sup> se podrá disponer de la copia, en el ámbito privado y sin ánimo de lucro,<sup>474</sup> o el libre acceso aún sin copia, pero lo que tendrá gran trascendencia pública al expandir la cultura y al acercar clases sociales y pueblos de menor cultura y economía, beneficiándose de las bondades de Internet, sin secarse la fuente creativa. Tanto los creadores como los titulares (intereses empresariales) estarán compensados económicamente y sin vulnerar derechos fundamentales, es más, potenciando los valores y principios constitucionales<sup>475</sup>. La contradicción de bien privado escaso y bien público ilimitado,

---

<sup>470</sup> Ya no se trata, como tradicionalmente, con el ejercicio de la facultad de difusión por primera vez, del paso de lo privado a lo público, sino del autor a la sociedad global. Lo que no necesariamente comporta la división, en todo caso, de público/privado, sino que pueden darse diferentes situaciones cambiantes en la red, y habrá que estar a cada caso concreto.

<sup>471</sup> Por supuesto, a salvo los soportes informáticos cuando haya riesgo de su deterioro.

<sup>472</sup> Como CAROL ROSE explica en su análisis, cuando un recurso tiene un valor por su carácter abierto, y su valor se incrementa cuanto más se usa, entonces tiene sentido atribuir mucho del valor del recurso justo por su carácter de "bien público".

<sup>473</sup> Se deja abierta la posibilidad de que la copia privada libre sea simultánea al tiempo de explotación o que se posponga a éste para asegurar el beneficio económico. La tecnología tiene mucho que decir al respecto.

<sup>474</sup> Puesto que si no se ejercería el derecho de comercialización, que es solo del autor/titulares.

<sup>475</sup> "Efficiency is not the end of the reasons why free resources might prove valuable. Instead, one final set of values also indicates the value in keeping a resource in common. These are democratic values" LESSIG, L., op. p. 92

que recaía sobre la información, \_ y que se salvaba mediante la ficción del autor "omnicreador" autosuficiente, generador de expresiones originales, sin deuda alguna con la tradición o cultura, \_ se resuelve por la posibilidad ilimitada de su producción y conocimiento, sin merma para los intereses económicos del autor / titulares, y desenmascarando el papel del autor y de la sociedad en el proceso creativo.

Siendo la creación original la clave y la razón de ser de toda la institución, las nuevas posibles categorías de obras, como las multimedia, tienen el "quid" de regulación en el elemento de originalidad. Y aunque todo lo dicho con anterioridad es, en general, aplicable a todas las creaciones, cabe su especificación en cada categoría, por sus características comunes, con el fin de dar una respuesta más afinada a su concreta problemática. No se trata de una distinción radical, sino de una agrupación por características más predominantes en unas u otras. Y en ambos grupos, se parte de la necesidad de que antes de su entrada en la red, para una posible explotación económica y su difusión universal, su compensación económica ha de estar asegurada, por formulas de diferente naturaleza según la naturaleza de cada creación.

Una propuesta de categorización de obras<sup>476</sup> puede tener su arranque en la "originalidad" pero atendiendo al elemento predominante hechos o ideas / expresiones. Si estamos ante **hechos, ideas, conceptos**, etc... como elementos predominantes de algunas obras, en las que la expresión pasa por mínimas dosis de originalidad, la cual se concentra en el primer elemento, el régimen del derecho de autor puede modularse. En algunas creaciones como el **periodismo, ciencia, técnica** (las ciencias y la técnica, en general), no es la expresión original en sí misma, sino los hechos o ideas, etc... los que poseen la

---

<sup>476</sup> STALLMAN también propone una clasificación de las distintas clases de obras para aplicar el copyright con distinto alcance y extensión. Pero en todas ellas prevé la copia privada no comercial. *En Copyright and Globalization.... o.c.* También, ERDOZAIN, JC., o.c., p. 45 y ss.



originalidad<sup>477</sup>. En este supuesto, una vez conocido el contenido, pierde valor. Es el **conocimiento** lo que prima y añade valor. La rapidez e instantaneidad de la red "*on-line*", con independencia o necesidad de la copia, muestra aquí todas sus bondades. En este tipo de obras, el régimen jurídico del derecho de autor puede diferenciarse en Internet: Periodos de protección más cortos y de menor intensidad. Y la explotación en la red, con el *software* oportuno, cambiante para no ser vulnerable, podría consistir en sistemas de suscripción, de actualización de la información continuamente, con pagos periódicos y dejando la copia privada libre .s. Periodos cortos de explotación antes de su paso al dominio público. La propia actualización casi inmediata de la información así como el pago por periodos de tiempo, y los servicios de la compañías de *software* proporcionando diferentes claves o formas de acceso a través de mecanismos de gestión, podrían ser lo bastante atractivos o disuasorios para comercializar la obra sin impedir la copia privada, que satisfacería los intereses privados.

Sin embargo, la categoría de obras en las que la expresión original es la característica relevante, la expresión de belleza en la forma y el **goce estético** es el valor predominante.

La **literatura, música o cine** (las artes en general) están en la categoría de obras en la que la expresión original es la cualidad básica, y el goce estético demanda la repetición de actos para su disfrute o tiempos largos para su goce o admiración. Podría decirse que cuanto más se goce más valor se añade. La necesidad de soportes estables o de accesos ilimitados<sup>478</sup>, aunque no haya copia, parecen necesarios. Su régimen jurídico diferenciado puede basarse en periodos más extensos de explotación y de protección más intensa. Los sistemas de compensación y explotación podrían proceder tanto del mundo "real" primero, y del "virtual" después, combinando distintas fórmulas, y donde los servicios de las empresas de

---

<sup>477</sup> Y ello con independencia de que sean objeto de protección por patentes, o secreto de comercio u otro tipo de protección compatible.

<sup>478</sup> Como el "*streaming*" o el "*bursting*"...

software mantengan la seguridad de los mecanismos al actualizar continuamente las claves de acceso.

Dada la naturaleza de la red y la naturaleza de estas obras, parece oportuno una previa explotación en el mundo real<sup>479</sup>, sin copias reproducibles, donde la obra se promoció y muestre su valor e interés antes de la entrada en la red, para otra posible explotación en el mundo virtual. En definitiva, se trataría, como en el caso de la música, de presentar y comunicar públicamente la obra, que permita no sólo darla a conocer sino también fomentar el deseo de obtenerla después en la Red, donde sólo allí se comercializará por periodos determinados. El "streaming" o el "bursting"<sup>480</sup>, el sistema de suscripción, por ejemplo, pueden permitir tiempos de explotación de acceso sin copia, pero a partir de un cierto momento la copia privada se ha de permitir, sobre todo, siendo realistas, porque siempre se hallará un modo de obtenerla y de propagarla a través de las redes como las P2P, *files-sharing*, por ejemplo. Permitir la copia privada, aún sabiendo que se puede propagar como la pólvora, puede ser la manera no sólo de aceptar lo irremediable sino también de satisfacer los intereses públicos de la sociedad. Naturalmente, y como ya se ha dicho, otras fuentes de ingresos pueden venir por impuestos a determinados *software* o *hardware*, desgravaciones, etc,. O por mercados secundarios o relacionados con los mismos. En definitiva, la solución de la compensación económica no pasa por "una sola solución" en la red, sino por un conjunto de posibilidades en colaboración con el mundo real. No es intención dar la solución técnica definitiva, sino sugerir posibles fórmulas que satisfagan los intereses públicos y privados, desde el punto de vista jurídico.

La tercera categoría de obras vendría dada por la **funcionalidad**, donde prima el carácter de utilidad de las obras

---

<sup>479</sup> La organización de eventos, conciertos, etc.. volviendo de nuevo a la música en vivo para conocer y reconocer los talentos y el valor de las creaciones por el público. Lo importante es que no existan CDs, discos, o cualquier material que pudiera reproducirse por la red, lo cual acabaría con la posibilidad real de explotación comercial alguna.

<sup>480</sup> Las posibilidades de software pueden ser muchas y los servicios de estas compañías constantes mantener la seguridad y la utilidad del sistema para una explotación efectiva durante un tiempo útil.

con distintos fines, tanto de conocimiento como de estética o de ambos. Las creaciones de *software* encabezarían esta clasificación, y cuya regulación podría remitirse a lo propuesto por los movimientos como el "*free software*"<sup>481</sup> o el "*open source software*"<sup>482</sup>. El "*open source software*" (*software* de código fuente abierto) significa ante todo a la posibilidad de acceder libremente al código fuente. Interesa la dimensión práctica del acceso a este código y se destacan sus beneficios técnicos al permitir innovar más fácilmente el *software* cuando el código fuente es abierto y puede ser públicamente conocido. El "*free software*" propugna que el usuario de los ordenadores tenga derecho a utilizar, estudiar, copiar, modificar y redistribuir los programas informáticos sin impedimentos técnicos ni jurídicos de ningún tipo. Mientras que la licencia GPL (*General Public License*) que es básicamente un "*copyleft*" opuesto al *copyright*, que permite ejecutarlo, copiarlo, modificarlo y distribuir versiones modificadas del programa, ya sea gratuitamente o de pago, y exige que los códigos derivados del uso del *software* libre sigan siendo libres, las licencias del "*open source*" sólo permiten la apropiación del código desarrollado a partir del *software* abierto.

Sin embargo, lo que aquí se propone no es totalmente coincidente ni a una ni a otra corriente. Una regulación basada en los criterios expuestos para la primera categoría de obras (donde prima el valor del conocimiento) y su modulación con algunas de las directrices de estas teorías ( donde prima la consideración de la funcionalidad) podría configurar un régimen jurídico del *software* adecuado<sup>483</sup>

---

<sup>481</sup> Sobre el "*free software*" véase: STALLMAN, R., *The GNU Project.*, 2002. Disponible en <http://www.gnu.org>

También su Manifiesto, definiciones y otra documentación en la misma dirección electrónica.

<sup>482</sup> RAYMOND, E., *The Cathedral and the Bazaar Musings on Linux and Open Source by and Accidental Revolutionary.*, California, 1999

El periódico "Financial Times" el 21 de diciembre 2003, daba la noticia ("Two rulings hit crackdown on internet piracy") de dos sentencias e importantes decisiones de tribunales de US (Federal appeals court) y de Europa, en las que se sostienen ilegales las prácticas del Sector industrial de la música en US (RIAA) (Recording Industry Association of America) para identificar a los usuarios que descargan canciones mediante *software* P2P, como *kazaa*. Y el Tribunal Supremo holandés falló a favor de *kazaa* al considerar no responsable de las posibles violaciones de derechos de autor de sus usuarios. La RIAA utiliza prácticas tales como forzar a los proveedores de servicio a la identificación y denuncia de los usuarios sospechosos de utilizar programas P2P.

<sup>483</sup> Así lo entiendo, puesto que el conocimiento de los códigos es trascendente para otros programadores y la innovación del *software*, pues este es muy importante para todo el funcionamiento de la red y todos los derechos fundamentales en juego, que esperan sus soluciones para su protección y aseguramiento. Pero, también resulta trascendente que, los usuarios bajen o copien los programas para su utilización en sus ordenadores, pues significa el desplazamiento o el rechazo de otros programas para realizar las funciones que se estén precisando. Funcionalidad que se mantiene durante el tiempo que no exista otra solución más útil o avanzada, y ello tiene importantes consecuencias económicas.

### 5.3. Redefinición del Contenido Esencial: El Triunfo de las Facultades Morales

---

El contenido esencial del derecho de autor se rediseña en Internet, abandonando la factura liberal para volver a su concepción de la Antigüedad<sup>484</sup>. Coherente con el principio general de soberanía del autor sobre su creación, que en lógica jurídica se manifiesta en las facultades exclusivas del autor sobre su obra,- ahora sobre todo como facultades morales, y de las morales las facultades resistentes al nuevo medio técnico-, se muestran más poderosas que nunca. Puesto que la creación es la realidad inconvencible, que requiere soporte material para su permanencia y prueba de existencia y origen, la facultad moral de la paternidad, o atribución de la obra a su creador, se entroniza como la primera en tanto que imprescindible para el ejercicio de las demás. Es requisito "sine qua non" porque sin aportar ese título de autor no se puede reclamar ni ejercer la soberanía del autor sobre su criatura. Concepto de autor y autoría que se desprenden de los tintes liberales, y recobran el original color del clasicismo, es decir, no es tanto su entendimiento como "creador desde la nada" como "la dignidad del que crea" a partir del patrimonio de la Humanidad.

---

<sup>484</sup> Así lo entiende también STALLMAN, quien afirma " In the ancient world.....the copies were made one at a time, there was no great economy of scale.....There was also nothing forcing centralization; a book could be copied anywhere.....because it did not force copies to be identical, there wasnt in the ancient world the same total divide between copying a book and writing a book....this was called "writing a commentary". Y más tarde añade "the printing press was not just a quantitative improvement in the ease of copying. It affected different kinds of copyng unevenly because it introduced an inherent economy of scale.....Now copyriht was developed along with th use of the printing press and given the technology of the printing press, ti had the effect of an industrial regulation..." *Copyright and Globalization.....*, o.c. p 2 y ss. Aunque de acuerdo con el autor en muchos extremos sobre la historia del copyright, existen también algunas diferencias muy importantes. Ya que entiendo que no considera lo suficiente cómo incluso en la Antigüedad, Grecia y Roma, se fueron gestado algunas de las más importantes facultades morales (precisamente en relación a las posibles modificaciones que pudieran introducir en la obra). Tampoco recoge la producción masiva simultánea de copias hechas al dictado a muchos esclavos, a modo de máquinas de reproducción. Pero entiendo con él, básicamente, que las variables de tiempo-espacio-recursos materiales, lo hacían eficiente en aquel momento, cómo eficiente ha sido la regulación del copyright durante mucho tiempo cuando "...was easy to enforce because it had to be enforced only where there was a publisher, and publishers, by their nature, make themselves known.....and considered by legal scholars as a trade, a bargain between the public and authors....." o.c., p 3. Aunque de acuerdo con el autor en todo esto, hecho de menos en sus apreciaciones históricas el impacto que tuvo en esta "regulación industrial" del coyright hechos tecnológicos de gran magnitud como la fotocopidora y otros aparatos de copia audiovisual, que vienen a introducir elementos para la mejor comprensión de un nuevo derecho de autor.

El proceso histórico de fortalecimiento y extensión de las facultades morales se completa en el momento actual cibernético. Si éstas, en el régimen vigente, tienen un carácter perpetuo, inalienable e intransmisible, dentro del contexto virtual además se presentan indiscutiblemente en primer plano, condicionantes de cualquier explotación económica. Ahora, como en el Clasicismo, cobran máximo protagonismo. Sin embargo, ni todas sobreviven, ni permanecen en la misma prelación de importancia práctica.

El rediseño del contenido esencial del derecho de autor trae causa, como se ha ido explicando a lo largo del libro, tanto de la "naturaleza del soporte"<sup>485</sup>, que transforma la producción y comercialización de la información, como del resto de las características técnicas exclusivas de Internet, de manera que: si previamente rescatamos y fijamos en soporte material estable la creación expresada en una forma original que es lo que se protege, y se pone a buen recaudo en registros fuera de la red, que también podrían ser cibernéticos, es posible olvidarse del requisito de fijación en la red, para dejar fluir rápida y libremente la información a través de la memoria RAM. De manera que esta posibilita sobre todo la comunicación y el conocimiento, no sólo de obras de autoría, sino del resto de las expresiones y formas que se vinculan por la red, como parte, por ejemplo, del comercio electrónico, que exige rapidez e instantaneidad. Sin embargo, en tanto tratamos de obras de autoría, científicas, literarias o audiovisuales, para su mayor reflexión y goce, se puede hacer necesaria la copia o el acceso sin límite, para volver repetidamente sobre ella. Y siendo posible, en tanto que podemos hacer copia en los soportes duros, tal como en la memoria ROM, sin entorpecer el funcionamiento rápido de la red, o con acceso libre salvo, quizá, en los tiempos limitados de acceso, bien por el precio y /o por el acceso sin copia, (sin discriminar aquí las opciones técnicas

---

<sup>485</sup> Es decir, al cambiar el elemento material, cambia la manera de producción, distribución y comercialización. En definitiva, como ya se ha visto, al cambiar las infraestructuras y la organización de los medios de comunicación, cambia la producción y comercialización de la información, y en lógica consecuencia, también cambia el tercer nivel de análisis: la información misma y la protección jurídica que se ejerce sobre ella.

posibles), a través de la gestión de los mecanismos técnicos. Las opciones se modularán en función de la categoría creativa ante la que estemos, como ya se ha visto.

En definitiva, un nuevo equilibrio informativo puede rendir sus frutos: se potencia el conocimiento y la libertad de expresión por la transmisión rápida y volátil (memoria RAM); se preserva y se goza las formas originales de la creación, asegurando su fijación estable en el origen, con independencia del funcionamiento de la red, evitando o reduciendo su colapso (por los soportes estables, memoria ROM, control de los ISP, mecanismos, cierta centralización, etc, que pueden entorpecer el tráfico). Y se gestionan los derechos de autor, mediante mecanismos de gestión, que deberían limitar este tiempo, y después, ponderar si se deja libre la copia privada, simultánea o posteriormente a esos tiempos limitados de explotación. La interacción de todo ello potencia el conocimiento y la creación.

Es decir, lejos de imitar "el mundo tradicional" del derecho de autor en la red, a base de la explotación de copias materiales,<sup>486</sup> se pretende que el derecho de autor fluya en red conforme a las características técnicas de ésta. Como afirma Richard Stallman, la centralización y la economía de escala introducida por la imprenta y similares tecnologías, están desapareciendo<sup>487</sup>. Y no se trata de rescatarlas a todo trance, sino de comprender el nuevo mundo técnico y sus bondades. Por ello, si se propicia que la memoria RAM trabaje sin ser entorpecida por la copia material, aunque posible, pero teniendo a buen recaudo la forma original en soporte estable, las soluciones jurídicas se avienen más fáciles. Puesto que a estas

---

<sup>486</sup> Hay que fijarse que con la Radio y la Televisión la explotación de las obras ya no sólo dependían del número de copias existentes, sino también del número actos de emisión y al número a veces indeterminado de personas que alcanzara y en qué territorio. De manera que la realización de nuevas copias privadas era incontrolable teniendo los aparatos oportunos para la grabación. Internet añade a todo esto, por ejemplo, que con solo una copia es posible alcanzar al mundo entero; pero, además, por sus características exclusivas, después de un solo acto de "emisión" y por la posibilidad de diseminación en la red, no importan ni el número de copias originales distribuidas, ni el número de actos, ni si la reproducción es pública o privada, puesto que, con independencia de ello, está permitiendo el acceso a su conocimiento y gozo.

<sup>487</sup> STALLMAN, R., *Copyright and Globalization*....o.c. p. 3

alturas, a nadie se le escapa que, una posible solución que libera de problemas es la posibilidad del acceso ilimitado a cada obra para todos, una vez pagado un precio de "entrada", por ejemplo, de incentivo y compensación al autor. Esta solución, aunque en parte acertada<sup>488</sup>, requiere de otros complementos, y aquí se intuyen y proponen algunos, y sin olvidar la globalidad de este medio. Se requerirán políticas que no dejen fuera a muchos pueblos o ciudadanos sin posibilidades económicas. De ahí que, hoy por hoy, parezca necesario varias fórmulas conjuntas que no excluyan a nada ni a nadie, en aras de que los derechos fundamentales sean también globales en la red<sup>489</sup>. La paternidad sobre la obra y la facultad de decidir la transmisión, es la nueva prelación de las facultades morales / económicas: contenido esencial del derecho de autor en Internet.

### **5.3.1. Las Facultades que ya No Son Inherentes al Contenido Esencial**

---

Internet ha afectado tanto el elemento espiritual del derecho de autor (el concepto de creación, la originalidad, la obra..) como el elemento material (soporte material estable). Y ello ha tenido consecuencias en el contenido esencial del derecho, haciendo decaer unas facultades y levantando otras. Al desaparecer facultades patrimoniales, también sus límites<sup>490</sup>.

---

<sup>488</sup> En parte, porque los intereses empresariales son el verdadero caballo de batalla, hoy por hoy.

<sup>489</sup> Esas posibles fórmulas deberían categorizar la información en: creación o no creación. Y dentro las obras creativas una doble categorización: las obras literarias, científico técnicas, por un lado, las obras o productos audiovisuales. Mientras las primeras pueden exigir espacios de tiempo de acceso limitado, bajo precio, y sin posibilidad de copia, para después pasar a un acceso ilimitado sin copia; o a un acceso limitado bajo precio pero después permitiendo la copia privada libre.

En cuanto a la segunda categoría, dadas las características sobre las que se basa su comercialización, los tiempos de acceso limitado y controlado, sin copia, habrían de ser más amplios; para después permitir el acceso ilimitado o la copia privada libre.

Y en ambos casos, las bibliotecas en todo tiempo permitirán el acceso a su conocimiento sin posibilidad de copia, al menos en principio, mientras los software estén activado a su efecto.

<sup>490</sup> La "llamada comunicación pública" que recoge nuestra ley, tras un estudio contrastado en la red, podría perdurar a través de la exhibición de contenidos en las páginas Webs. Sin embargo, plantea dudas, pues preguntas como las ya formuladas en este trabajo, saltan de nuevo: ¿es pública o privada una Web? ¿O es una forma de reproducción en Internet que permite copiar?.

Véase a este respecto la ya citada publicación de la conferencia del INSTITUTE FOR INTERNATIONAL RESEARCH, ya citada, en concreto la ponencia de Anguiano Asociados. Abogados. "Informática y Telecomunicaciones".

Así, la facultad esencial, radical, del ejercicio de la facultad de difusión, aunque importante en el primer acto de decisión, decae en gran parte de su contenido. La posibilidad personal del autor de difundir por sí mismo, la reducción o ausencia de costes, y la distribución a nivel mundial, disminuye la importancia del acto de la difusión, que hasta ahora era dependiente de los intereses empresariales para dar a la luz la obra y su puesta a disposición del público<sup>491</sup>. Además, la imposibilidad del control de la copia, deja sin sentido el control de la difusión, en la que se basan las facultades exclusivas patrimoniales. Los mecanismos de gestión no deberían, a pesar de su factibilidad técnica, impedir la copia privada sin ánimo de lucro en la red, una vez agotado el posible plazo previsto para el lucro económico, como se está proponiendo. La copia libre unida al tiempo tasado<sup>492</sup> de vigencia del mecanismo de gestión, pueden sustituir, de manera más que suficiente, los desaparecidos límites. La facultad radical y de primer orden hasta el momento, queda muy confinada a la importancia de la primera decisión del autor de dar su obra a disposición público. Después queda muy vaciada por el funcionamiento de la red, aunque siempre podrá, según los pactos acordados, renovar su decisión. Pero es más, esta "decisiva" decisión, en la dinámica Internet, se hace, más que nunca, dependiente de la facultad de reconocimiento de la paternidad o atribución de la obra. Esta facultad de difusión mantendría su "*status*" de primer orden, si los mecanismos de control gestionaran todos los acceso y usos, que hasta la fecha no dejan margen de límites ni de copia. Ahora bien, como ya se ha dicho, se erosionarían derechos fundamentales, entre ellos el propio derecho de autor e información.

La obra en Internet, sin soporte, volátil, intercambiable con el original por su calidad, de imposible control, deja sin sentido las facultades de explotación de los medios de

---

<sup>491</sup> En Internet la puesta a disposición al público se hace posible, de hecho, sólo con la posibilidad de acceder a la información en la red, se actualice o no. Es decir, no se trata del espacio público / privado sino la posibilidad de acceso universal. Ahora bien, la propuesta del registro significa y asegura que la obra está en el espacio público.

<sup>492</sup> Calculado según cada categoría de obra con el fin de que sea eficiente para su explotación y beneficio económico.



comunicación convencional, reduciéndolas a un solo acto de transmisión. Si la evolución del derecho de autor se ha mostrado históricamente como la progresiva limitación del monopolio del autor sobre su obra, primero mediante la ley, por el elenco de limitaciones, plazos y prohibiciones, y después por el progreso técnico posibilitando copias privadas de imposible control, en Internet tal reducción se manifiesta en el decaimiento de facultades patrimoniales y en la imposibilidad de control de algunas facultades morales<sup>493</sup>. Además la facultad de decidir la transmisión (dependiente del reconocimiento de la atribución de la obra) como facultad moral de trascendencia económica, pasa a un segundo orden, dentro de las facultades morales, con consecuencias económicas siempre, y siempre renunciables y accidentales las facultades económicas respecto a las facultades morales. Facultad de transmisión, sin excepciones posibles al modo legal vigente, por el funcionamiento técnico previsible de los mecanismos de gestión, pero cuyo contenido significaría que una vez ejercida no hay control de la copia, sino posibles controles de accesos: limitados o ilimitados, con posibilidad de copia o sin copia durante periodos determinados, de posible renovación una vez agotado el pacto previo, y el único límite es que una vez transcurrido el posible periodo de acceso sin copia y / o de acceso mediante cobro, por la finalidad de compensación económica del autor / titular, el acceso libre con o sin copia libre, es siempre posible. De ahí que se diga, que después de la primera decisión de difundir, se queda muy vacía de contenido económico esta facultad.

### **5.3.2. Las Facultades Esenciales que se Muestran Resistentes y Relevantes**

---

De la necesidad de prueba material y su registro constitutivo en un ambiente virtual, volátil y veloz, la facultad de reconocimiento de la paternidad es dependiente, puesto que, aunque el sólo hecho de la creación comporta

---

<sup>493</sup> Por ejemplo, la retirada de la obra del comercio o del flujo informativo parece muy difícil en la dinámica Internet.

naturalmente la condición autoral, es necesario ese punto de referencia real y permanente que sirva de mira, a partir del cual se dé el "efecto espejo" que se opera en Internet, sobre todo a través de la memoria RAM o los accesos sin copia material, transmisión *on-line*, y su propagación a gran escala. Si en la evolución legislativa vista, el paso del registro constitutivo al declarativo y el hecho de la creación misma como determinante de la autoría, se manifiestan como progreso legal y técnico, puede parecer ahora que el medio técnico más progresista comporta un retroceso de esta evolución, pareciendo incluso contradictorio. Sin embargo, la libertad máxima de difusión que puede comportar Internet, requiere, para evitar el caos, algún elemento de seguridad, como en este caso representan la materialización de la creación y su constancia registral.

Esta facultad de paternidad, su reconocimiento y ejercicio, da paso a la segunda en orden de importancia, moral y económica, como doble en este sentido es y ha sido su naturaleza: el autor decide soberanamente si su obra entra en el espacio de disposición pública que es la red, y su transmisión. Sin desconocer la importancia del primer acto de decisión, oneroso o gratuito, que comporta su disponibilidad en la red, tanto por su registro y posibilidad de acceso y diseminación libre, esta facultad de difusión, en un plano de explotación económica, significa que solo el autor / titular está autorizado para comercializar la obra, (que aunque sobre todo cobra su máxima enjundia en el primer acto, puesto que el posible posterior uso de la copia o reutilización de la misma por los usuarios o accesos ilimitados libres resten posibilidades o interés), pues la facultad subsiste en tanto que no entre en el dominio público, que también se ve afectado en su contenido por los efectos de la red. Es decir, el dominio público ya no comporta el mismo haz de posibilidades, porque el usuario ya las encuentra en la red, salvo la permanencia de las facultades morales y el decaimiento de una anémica facultad de difusión que desfallece totalmente llegado ese momento. El momento determinante de entrada en ese

supuesto dominio público habrá de valorarse teniendo en cuenta que las posibilidades de recuperar y compensar económicamente al autor y titulares, dado que puede ser muy rápido y copioso en Internet. Por otra parte, para el público ya no representa un beneficio tan contante, pues ya lo recibe en la red, si se deja la difusión privada no lucrativa libre.

Al igual que el movimiento del "*software libre*", yo creo en el compartir común de las nuevas creatividades y su posibilidad de utilización como punto de partida para nuevas creaciones, y por lo tanto su "copia" y difusión privada. Pero, a diferencia de éste, siempre que la creación ajena se mantenga en el terreno de lo privado, no lucrativo y en el orden creativo, con independencia de lo que resulte como una nueva creación tributaria; pues no parece justo lucrarse de lo ajeno comercializando en espacios públicos de la red lo que sólo el autor debe de tener potestad, salvo su autorización e incluso posible compensación.<sup>494</sup> En esta línea estaríamos más cerca del "*open source software*", pero siempre que se comparta posteriormente la propia innovación obtenida a partir del conocimiento del programa de código fuente abierto, por un básico principio de reciprocidad y equidad.

El rediseño del contenido esencial, incluye la prohibición de plagio, atribuirse la creación ajena<sup>495</sup>, y la modificación del texto (u objeto creativo) presentándolo como de su autor, cuando no se tiene su autorización. Además, si modificamos y, posteriormente, difundimos el resultado, como autores de una "obra nueva", las modificaciones habrán de tener la suficiente entidad y sustancia para no incurrir en plagio.

---

<sup>494</sup> Así se ha visto históricamente, si el editor o el productor se lucraba, justo ha sido siempre que el autor participara de los beneficios.

<sup>495</sup> El concepto o entendimiento del plagio también es afectado por el funcionamiento de la red. De ahí que, en un medio donde el reconocimiento o contraste de fuentes puede dar sorpresas, las cantidades o elementos esenciales de copia, han de ser sometidos a revisión, a riesgo de convertirnos todos en plagiadores involuntarios de autores de los que ni siquiera conocemos o son anónimos en la red.

### **5.3.3. La Coincidencia del Contenido Moral y Económico O el Triunfo de las Facultades Morales**

---

Resulta curioso llegar a la conclusión del triunfo de la dimensión moral del derecho de autor en Internet, cuando, en principio, parecían, las más delicadas en sostenerse en la red. Los países europeos de tradición civil, enseguida se pusieron en guardia al ver decaer la esencia de la institución; y los países de tradición del *copyright*, espantados igualmente por lo incontrolable de la copia no material, veían las legislaciones de tradición iusnaturalista como un gran obstáculo en el avance de la necesaria regulación armónica global de la red. La diferencia de legislaciones y tradiciones se contraponían llevando a Internet hasta el abismo legal y de justicia. Sin embargo, ni el caos total ni el pretendido orden y control total que el software podría facilitar son extremos que parezcan vayan a triunfar en la red. En un medio tan "espiritual" como Internet sólo lo "espiritual" podría salvar al derecho de autor, y al derecho a la información, tanto de su desaparición como de su asfixia total en aras al enriquecimiento de las grande multinacionales de la producción informativa y del entretenimiento. Triunfo de las facultades morales que no significa dejación de la compensación económica, sino todo lo contrario. La dimensión moral es la valedora de cualquier pretensión económica en la red. Y naturalmente, en este "hacer el ciberespacio" la industria del software tiene mucho que decir, pues se requieren todavía mecanismos más sofisticados que introduzcan el necesario orden y que reduzcan, mínimamente, la libertad de Internet. El diálogo del derecho, la técnica y el mercado ha de ser constante, como se ha señalado.

Es el triunfo de la creación y del creador sobre los mercaderes. También es el triunfo de los hombres de negocios puesto que respetando lo anterior, es posible un gran y maravilloso volumen de negocio. La labor de éstos, en distintas esferas de la nueva economía, va a ser necesaria para obtener el éxito y máximo rendimiento en la red. Obviamente, sectores de

negocios como el audiovisual, requieren el software adecuado para que el pretendido orden y equilibrio de intereses satisfagan a todos, en la mejor medida.

#### **5.3.4. La Cesión de Facultades en la Red.**

---

Consecuencia lógica de lo afirmado anteriormente, la cesión, de importancia histórica contrastada, y reforzada en la actualidad, la primera cesión del autor, permitiendo la entrada de su obra en la red, a disposición del público, es el gran acto que agota casi en sí mismo la explotación de la facultad de transmisión y que sienta el origen del equilibrio de intereses. Una vez la información en la red, sólo a través de los mecanismos técnicos, en conexión con el necesario registro al servicio de la red, y bajo la vigilancia de la sociedades internacionales de gestión en el ciberespacio, el control de futuras cesiones es factible: tanto para el control de los accesos como de futuras explotaciones en otros espacios o formas.

#### **5.4. Los Sujetos del Derecho de Autor en Internet**

---

Son precisos cambios en la topografía de los sujetos titulares y de sus intereses

##### **5.4.1. Autor / Público o la Coincidencia de Intereses**

---

El autor, aunque despojado y desenmascarado de su "rol divino" en cuanto creador, recupera su papel real, relevando al editor o productor de su usurpado protagonismo desde la primera ley- El Estatuto de la Reina Ana, en 1710. Al coronar la institución la facultad moral de atribución o paternidad, se entroniza al autor, pero sin pretensiones de conferirle el poder que no tiene: quiere decir, no se trata de reconocer, a priori,

su creación como algo original de primera factura, sino de la importancia de este sujeto en colaboración e interacción con los otros y en diálogo con la cultura y tradición recibida, sin el cual el progreso de la humanidad se detendría. No quiere decir que éste no necesite de los sujetos empresariales e industriales, que son imprescindibles en ámbitos creativos que requieren grandes inversiones-software, audiovisual, etc.-, sino de devolverle su insustituible importancia y en compensarle justamente. Ya no se requiere tal ficción para montar y salvar la contradicción de intereses en el Estado liberal. Los nuevos medios técnicos y una adecuada regulación jurídica salvan tales contradicciones. Pues "entronizar intelectualmente" al autor, sin hacerlo también "económicamente", supondría repetir la misma historia<sup>496</sup>.

El público, el otro gran sujeto por excelencia, en estrecha colaboración con el autor, e intercambiable en sus posiciones, en tanto tal, adquiere un derecho exclusivo en recíproca correspondencia con el derecho exclusivo del autor a la transmisión: el derecho de acceso universal a la red, con toda la extensión en su contenido que se está aquí describiendo. Derecho de acceso universal, como ya se ha dicho, que no se traduce solamente en un "acceso técnico a la red", y sin trabas por los proveedores de servicio, sino también, en un acceso a los contenidos de la red, sobre todo a los creativos, científico-técnico literarios. Es decir, hay que arbitrar las fórmulas para que la red no se convierta en territorio de feudos cerrados y controlados por sus "señores". De manera que arbitrando "sitios" como las bibliotecas virtuales, que permitan, por ejemplo, en principio, el acceso a los nuevos contenidos en el mercado, sin copia o con acceso limitado si el "producto" así lo requiere para compensar al autor durante un tiempo limitado; transcurrido el cual, copia libre o acceso libre, en su caso. Y a diferencia, por ejemplo, a cuando

---

<sup>496</sup> Es el autor el que debe recibir directamente las retribuciones o recaudaciones que se paguen por su obra por las distintas vías. Y a diferencia de ahora, después pagar a las compañías por sus servicios de network, marketing, promoción, eventos previos en el mundo real, relaciones, etc.,.

compramos o adquirimos el derecho que puede ser de acceso ilimitado, sin copia en principio, y con copia después también. Y es que el público y los autores convergen en sus derechos en la red: ambos requieren que se proteja y fluya la información libre, en aras a la creación y el conocimiento. Son el haz y el envés de la misma moneda, así como el derecho a la información y el derecho de autor, género y especie.

Y como Internet es "territorio de nadie"<sup>497</sup>, ahí reside parte de su grandeza, sólo regulando adecuadamente sujetos técnicos necesarios, como los proveedores de servicio, se podrá establecer una topografía de espacios públicos y privados<sup>498</sup>, al condicionar la entrada y permanencia en la red a una serie de requisitos mínimos, inspirados en los principios y valores constitucionales aplicados a Internet, que obliguen a poner a disposición del público la información, a veces incluso gratuitamente, como podría ser en el caso de las bibliotecas o foros públicos comunitarios o estatales. El proveedor de servicio, o el operador de la red, ha de tener funciones técnicas y de administración, pero nunca de responsabilidad de los contenidos. Sólo los titulares de las Webs, o de las informaciones concretas, responderán de sus contenidos. A través de una regulación mínima con el fin de preservar los derechos fundamentales, incardinada en otros sujetos necesarios de la red, es posible, más tarde, propugnar la autorregulación o autogobierno en la red. Al tratarse de valores y principios constitucionalmente respaldados globalmente, por la adhesión a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, su implantación puede ser mundial. Dejando después a los sujetos la autorregulación, pues sería difícil imponer a priori un Derecho con exclusión de otro. De forma que, para los derechos de autor, los mecanismos de gestión deberían cumplir unos requisitos mínimos, y después que sea cada autor / titular el que establezca los datos de gestión y uso. Amén del cumplimiento de

---

<sup>497</sup> Territorio de nadie en cuanto al "todo" total que es la red de redes; aunque los distintos tramos estén en manos privadas algunas o estatales, otras.

<sup>498</sup> Puesto que hay áreas de la red, como las redes privadas P2P, que se escapan técnica y jurídicamente. Pero, sea cual sea el software de que disponga el usuario, siempre requerirá la conexión o acceso de un proveedor de servicio, o ser el mismo un proveedor, con lo que debería cumplir las condiciones exigidas.

principios básicos que vigile el proveedor de servicio. Esta línea es la elegida en la Unión Europea, al menos en la Directiva sobre el Comercio electrónico, y en consecuencia, en la ley española, ya citada promulgada al efecto. Orientación legal seguida en Estados Unidos, que en la citada ley de la "Digital Millenium", excluye la responsabilidad de los proveedores de servicio, salvo los supuestos establecidos.

#### 5.4.2. Otros Sujetos

---

El resto de sujetos titulares, personas jurídicas titulares de empresas informativas y de entretenimiento, quizá obsoletos en sus tradicionales funciones, posiblemente encontrarán su reconversión y reciclaje en la red, dando vida a actividades necesarias tanto para el derecho a la información como para el derecho de autor: promoción, marketing, control, etc.... Referido especialmente a los titulares de derechos afines o a los productores, en concreto, su mantenimiento<sup>499</sup>, mas o menos posible aunque en el contexto de la red, dependerá de que los creadores de *software* ofrezcan productos de control y gestión, para que durante los tiempos establecidos, estos sujetos puedan hacer un gran volumen de negocio. Independientemente, de todas la posibilidades de explotación que ofrezca la red en un espacio global. La Directiva de la Unión europea, o ignora la realidad técnica de Internet o está muy confiada en el progreso y establecimiento del *software* necesario para cumplir sus propuestas de regulación. Lo que tiene mucho de fantasía o de ignorar los derechos en la realidad del autor y del público en la red<sup>500</sup>.

La sociedades de gestión<sup>501</sup> pueden encontrar en la red un nuevo e incuestionable papel, no sólo por el necesario buen funcionamiento de los registros y control de los mecanismos de

---

<sup>499</sup> Que tanto en la Directiva como en el Anteproyecto de Ley español se convierten en derechos de remuneración. También, véase, ELORZA... p. 100 y ss.

<sup>500</sup> Véase la Directiva: arts.5, 5.2.a) y b); art.6, 6.1,6.2, 6.3; art.7 y considerando 26.

<sup>501</sup> Los proyectos de modernización y actualización de las sociedades de gestión está en marcha. En España, existen ya iniciativas claras, como la Sociedad digital de autores y editores (sDae). Véanse varias ponencias al respecto en las citadas Conferencias del IIR, del 19 y 20 de septiembre 2000. Material ya citado.



gestión, sino de coordinación mundial entre autores, obras, empresas, usuarios, etc...Ahora bien, tendrían que reconceptuarse de acuerdo al entorno digital, pues las posibles negociaciones y gestiones requerirían sustanciarse con la rapidez que exige el nuevo espacio. El considerando 55 de la Directiva Europea podría ser orientativo para las nuevas funciones de estas Sociedades de Gestión<sup>502</sup>.

### **5.5. El Espacio y el Tiempo Virtuales.**

---

En Internet, "territorio de nadie", espacio libre de controles y propietarios en su totalidad, parece difícil encajar las categorías público /privado por analogía del mundo físico al virtual, a riesgo de peligrosamente forzoso. El Estado /los Estados, o su representación en Internet, sólo encuentra legitimación en su posible intervención<sup>503</sup> en la red por la finalidad del respeto de los derechos humanos, y los principios y valores constitucionales, que encuentran respaldo internacional. Si la velocidad de transmisión deja sin sentido las variables tradicionales de tiempo-espacio, ninguna frontera electrónica está justificada, en cuanto contraria al ejercicio de los derechos fundamentales en la red, que convierte en realidad lo que proclaman las Declaraciones Universales. El autogobierno, que además de ser la tendencia espontáneamente seguida y la más aplaudida por la doctrina, puede, para el ejercicio individual de los derechos, establecer algunos mecanismos de gestión técnicos que signifiquen un grado de centralización y ralentización de la información, que será soportable única, y circunstancialmente, mientras se perfecciona un software más

---

<sup>502</sup> Considerando 55: "El desarrollo tecnológico facilitará la distribución de las obras, en particular a través de redes, y ello implicará para los titulares de los derechos la necesidad de identificar mejor la obra o la prestación, al autor de la obra o al titular del derecho y de proporcionar información sobre las condiciones y modalidades de utilización de la obra o la prestación, con objeto de simplificar la gestión de los derechos vinculados a la obra o prestación. Deben alentarse a los titulares de los derechos a emplear marcados que indiquen.....".

<sup>503</sup> AUERBACH, ANDREW D., "Mandatory Access and the Information Infrastructure"., *CommLaw Conspectus*, Winter 1995. El autor reflexiona sobre el hecho de que la "Primera Enmienda" está siendo reinterpretada, de modo que el principio tradicional de abstención estatal, está evolucionando hacia un papel más activo con el fin de obligar a los propietarios de medios de comunicación y redes a transmitir ciertos contenidos de interés, lo cual también tiene riesgos alarmantes, contrarios al fin que pretende, proteger los derechos del público.

sofisticado, con el objeto de equilibrar los derechos fundamentales y conseguir una mínima erosión de los valores y principios constitucionales.

#### 5.5.1. La Virtualidad de lo Público / Privado<sup>504</sup>

---

Público /privado, como esferas delimitadas, son extremos difíciles de definir en el ciberespacio. Aunque el concepto de "público" como puesta a disposición física y jurídica de la obra, a la que el individuo accede en el momento y el lugar que elija, persista en la normativa vigente<sup>505</sup>, sin embargo, en la red la información puede ser disponible de "*facto*" pero no de "*iure*." O desde el otro extremo, que el acceso a la información sea de hecho pero no autorizada de derecho, por falta de autorización por imposibilidad técnica o falta de control técnicamente. Dado que la dificultad de control es lo que desdibuja el concepto jurídico, se requiere un acto previo a la entrada en la Red, donde se determine tal cualidad jurídica de "información pública / privada"<sup>506</sup>.

En el ciberespacio, sería necesaria la ponderación, caso por caso, para determinar su naturaleza. Son categorías intercambiables, según cada situación<sup>507</sup>, en tanto en cuanto una obra puede estar en manos del público, y sin embargo en el ámbito privado (redes P2P)<sup>508</sup>. Es decir, no se trata de espacio público / privado sino de la posibilidad de acceso universal a la obra<sup>509</sup>.

---

<sup>504</sup> En la red el espacio es un todo sin divisiones y el tiempo es el ahora, con independencia del dónde y cuándo. Es lógico que la manera de producir y comercializar la información cambie, y que esto también tenga sus consecuencias jurídicas en el derecho de autor.

<sup>505</sup> La Directiva Europea 2001/29...

<sup>506</sup> Y aquí se va a proponer que se lleve a cabo mediante un Registro constitutivo.

<sup>507</sup> Ejemplo de cómo se mueven estas categorías en la red es, recogiendo alguno de los muy copiosos datos, la radio a través de la red, que en España cuando es en Internet, no tiene consideración de servicio público, sino de un servicio de telecomunicaciones, y se aplica la legislación de telecomunicaciones. En este sentido, la experiencia de "ya.com".

<sup>508</sup> Ahora puede ocurrir que la obra esté en la red, en manos de muchas personas o máquinas privadas, pero no salte al "ámbito público" aunque esté en conocimiento de tantas personas, y no se considere legalmente "público" o "publicado".

<sup>509</sup> Resulta revelador la Disposición 8 de la Directiva 29 de derechos de autor, ya transcrito y citado.

Por lo tanto, ni espacio público donde el Estado encuentre legitimación para imponer "la libertad", salvo la salvaguarda de los derechos humanos; ni espacio privado, donde los individuos, personas físicas o jurídicas, impongan su "libertad", burlando y erosionando los derechos fundamentales, en el contexto global del ciberespacio. Como indica Lessig, no se pretende contraponer en la Red viejas categorías (conservador/ liberal; Estado / mercado; etc.), de lo que se trata aquí ("*instead, the real struggle at stake now is between old and new*"<sup>510</sup>) es de la lucha entre lo nuevo y lo viejo. En este espacio, donde confluyen personas privadas y publicas, los Estados, o el papel que adopten para su actuación en la red, sólo estarán legitimados para regular y vigilar en salvaguardia de los derechos humanos, de la forma más escrupulosa conforme a la realidad de la red. De manera, como ya se ha mencionado, que los sujetos técnicos tan importantes, como los proveedores de servicio, sin ser públicos ni privados "*per se*", deberían someterse a una exhaustiva regulación en lo que respecta a los derechos fundamentales, de manera que ninguno albergue "técnicamente" comunidades virtuales, que, en el contexto de la red, signifiquen violación o burla de los más mínimos valores y principios que respaldan las Declaraciones y Pactos mundiales de los derechos humanos. Y como el ejemplo comienza por uno mismo, no deberían "monitorizar" o visualizar la información que vehiculan<sup>511</sup>, sino establecer normas de acceso y permanencia en sus servicios, cuya vulneración pueda significar la no entrada, incluso, en ningún otro servidor, a modo de "antecedentes penales" que suponen tacha en ejercicio del derecho en la red. Y que ello no se pueda burlar adquiriendo, por ejemplo, el propio servidor. Es decir el mundo virtual y real, si cabe la distinción, están en íntima conexión para el respeto de los derechos humanos en ambos. Y para que las llamadas "comunidades virtuales" no se conviertan en el ciberespacio en "feudos cerrados"<sup>512</sup> sólo de acceso de unos pocos, el Estado /Estados, bien a través de los Organismos Internacionales o bien a través de "aquellos" "lo que sea" hacia

---

<sup>510</sup> LESSIG, L., o.c., p.6

<sup>511</sup> La Directiva de Comercio electrónico dispone lo contrario.

<sup>512</sup> COOMBE, ROSEMARY J., "Left out on the Information Highway", *Oregon Law Review.*, Spring, 1996

lo que van a evolucionar los Estados en la red, deberían de propiciar el acceso universal a través de espacios públicos de universal acceso e implantar excepciones en los espacios de carácter privado para su acceso universal, igualmente, según para qué tipo de contenidos, y cuando tengan trascendencia pública. Y en este ambiente de heterónoma regulación legitimada por los derechos fundamentales, se debe producir la autorregulación de los sujetos en la red. Cada individuo en su espacio privado, que no de su propiedad<sup>513</sup>, en la red podrá ejercer libremente sus derechos, con el escrupuloso respeto de los derechos de los otros en la globalidad<sup>514</sup>. Sería como un nuevo espacio ilimitado de dominio público, cuyo titular es la Humanidad <sup>515</sup>.

El individuo, persona física o jurídica, en su libertad, podrá establecer o encontrar límites: desde fuera o desde dentro de la red, en el ejercicio de sus derechos en el ciberespacio. Es decir, desde fuera, dependiendo desde donde ejerza sus derechos en la red, o a través de quién acceda técnicamente, pudiera encontrar algunos límites constitucionales o anticonstitucionales, condenables por supuesto. Igualmente desde dentro, se pueden producir. Quiere decirse, en el primer supuesto, si accede desde una biblioteca a la red, por el acceso técnico universal, ningún filtro de contenido o de movimiento deberá impedir al individuo el ejercicio de su derecho. Si, en la segunda posibilidad, desde su casa, y / o desde sus propios medios técnicos de acceso y ejercicio, por ejemplo, él mismo puede a través de su ordenador haber instalado filtros o mecanismos para el ejercicio de su derecho, que limiten los contenidos y sus movimientos en la red. O puede haber contratado con un proveedor cuya política de servicio conecte con el ejercicio voluntario del derecho que él ejerce. Pero ello siempre en su ámbito personal, sin

---

<sup>513</sup> A semejanza en el mundo real, cuando, por ejemplo, en los medios de comunicación, escritos o audiovisuales, contratamos espacios para insertar nuestros mensajes publicitarios. Ese espacio no es nuestro, aunque estemos haciendo un uso privado. Pero es más, en el caso del ciberespacio, y a diferencia de los medios de comunicación tradicionales, que ese espacio no es de nadie, sino de todos.

<sup>514</sup> GIGANTE ALEXANDER: "Blackhole in Cyberspace: The Legal Void in the Internet" *John Marshall Journal of Computer and Information Law.*, Spring, 1997

<sup>515</sup> Cuya regulación mundial puede tener un precedente en la UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES.

trascendencia pública. Todo ello a modo sólo de ejemplo, para entender el concepto central. Es decir, no es el espacio público o privado, ni los sujetos públicos o privados, los que determinan o legitiman la imposición de límites o excepciones, ni siquiera el propio sujeto, salvo a favor o armonización de los derechos humanos. Siempre que una conducta pública o privada tenga trascendencia en los derechos humanos de los demás habrá de ponderarse su legalidad, en tanto sus consecuencias privadas y públicas en la red. Nunca a priori, sino caso por caso, en el contexto de la red. Y todos hemos de participar en colaboración en esta tarea, y sobre todo los Estados en su papel de salvaguardadores de los derechos humanos en la red. Y en coherencia con el amplio espectro que la autorregulación pueda tener en Internet, los llamados órganos de autocontrol, que en el mundo periodístico tienen su antecedente<sup>516</sup>, podrían operar en cada campo, para la vigilancia y cumplimiento de los derechos humanos. En este sentido las asociaciones de consumidores, culturales, Universidades, sociedades de autores, etc.,. pueden trabajar por la causa. Se trata, en definitiva, de una labor en la que los Estados y los ciudadanos han de tener coincidencia de intereses. En un medio de libertad, como es naturalmente Internet, parece recomendable reducir en lo necesario el "*ius cogens*", pero armonizándolo adecuadamente con la "autonomía de la voluntad", a través de la autorregulación y el autocontrol.

Si las categorías público / privado han sido, como se ha estudiado y analizado en los capítulos precedentes, transcendentales para la regulación legal del derecho de autor, es posible afirmar en coherencia, que cuando el autor decide la "entrada" de la obra en la red, es un acto capital, en cuanto está poniéndola a disposición del público, accesible<sup>517</sup>. Pero puede no significar "ser pública". Y tampoco quiere decir que se introduzca necesariamente en un espacio público o privado, pues, con independencia de esa consideración, es posible su acceso y adquisición de la obra. Es más, y al hilo de lo expuesto, para que

---

<sup>516</sup> Véanse por todos: DESANTES GUANTER, J.M., *El autocontrol de la Actividad Informativa.*, Madrid, 1973

<sup>517</sup> Accesibilidad en uno u otro que puede significar gratuidad u onerosidad; y que puede ser libre o no, dependiendo si el autor hace dejación de sus facultades patrimoniales.

una obra se considere legalmente "publicada" o "hecha pública", requeriría, como se ha propugnado, de la prueba registral, "*erga omnes*", que le protege frente a todos, y cuyo título de paternidad de la obra así protegido, permite a los autores y titulares una protección legal con prioridad frente a cualquier otro título o prueba reivindicativa. Además, el registro supone mayor accesibilidad del público a la obra, pues asegura la accesibilidad, es el lugar seguro donde buscar, y acceder a la obra. Con independencia de que, por ejemplo, en determinados momentos, el registro nos remita a un "sitio" donde adquirir la obra, quizá gestionada por un mecanismo técnico. O con independencia de que, navegando, encontremos, a través de las herramientas de búsqueda, la obra. Quiere decirse que el registro puede tener una variedad multifuncional, pero que básicamente es un elemento que introduce seguridad y orden al posible caos.

En ambos casos, registrada o no, el autor puede difundir y explotar su obra, y ser ésta objeto de protección jurídica; pero, teniendo en cuenta la dinámica y características de la red, es el asiento registral la manera segura de hacer valer la paternidad de la obra, y su difusión y explotación, con una protección prioritaria frente a todos. Y de recibir todas las posibles compensaciones económicas de las distintas fuentes. Es decir, a efectos de una mayor protección jurídica y de asegurar y hacer valer los derechos sobre la obra, la inscripción es el acto que puede asegurar no sólo que está a disposición del público físicamente, sino "publicada" jurídicamente. Y en consecuencia objeto seguro de protección jurídica. Y, en tanto registrada, más accesible al público, y, por lo tanto, más conocimiento para el público. Pues en un medio global, no sólo es necesario que exista el flujo informativo sino también la manera segura de hallar y de acceder a aquello necesario para nuestro conocimiento.

Tal planteamiento no es totalmente ajeno a la Historia:

tanto por la existencia previa de registros, incluso constitutivos; como, por ejemplo en el Derecho Norteamericano, la diferenciación de un derecho perpetuo o un derecho legal al que se sometía la obra, en función de su publicación o no.

De manera que una obra, sin calificarse jurídicamente como "publicada", puede estar en el espacio privado, y a disposición del público, a veces gratis o, a veces, incluso libre. O todo lo contrario, con precio y sin dejación de las facultades exclusivas del autor o titulares sobre la misma. O puede estar en el espacio público, sin haber sido legalmente publicada, y estar o no a disposición del público gratis o libre o bajo precio. O estar "publicada" legalmente, como se ha señalado y en todos los supuestos, pero gozando de toda la protección jurídica. Público / privado no son tan relevantes, sino dependiendo de cada acto y uso, no a priori.

Se concluye y propone que una obra esté a disposición del público cuando sea posible su acceso universal a través de un medio seguro y probatorio como lo es un registro, que lo puede corroborar.

#### **5.5.2. La Necesidad de Formalidades: El Registro Constitutivo Internacional**

---

La necesidad de un registro constitutivo universal<sup>518</sup>, una vez alertados de su conveniencia a lo largo de cada aspecto del derecho de autor, es el elemento de seguridad para evitar el caos en el espacio cibernético de libertad<sup>519</sup>. Si representa, en alguna medida, centralización de la información, aunque no necesariamente, sólo la mínima desnaturalización posible sería admitida, en tanto que se perfecciona y progresa en el software

---

<sup>518</sup> Tal idea de registro puede estar cercana a las propuestas de la Unión Europea de la "ventanilla única" o la "clearinghouse", tal como está recogido en la Propuesta de Directiva, ya citada. Propuesta que debería haber sido completada o complementada con otras iniciativas sobre organismos de autenticación, firma digital, entidades de certificación, etc. Por otra parte, registro que en su organización no está lejano a ser una gran base de datos electrónica.

<sup>519</sup> Microsoft ha hecho una propuesta de gestión de las obras parecidas. Véase la página Web de Microsoft ya citada.

que devuelva toda la libertad, velocidad y descentralización de la información en Internet, por ser éstas sus maravillosas bondades al servicio de la Humanidad. Registro universal, que puede tener, por ejemplo, administraciones locales por las sociedades de gestión del todo el mundo, y en coordinación, habrá de regularse y organizarse para ser operativo y expeditivo globalmente.

También el registro es útil, amén de lo ya detectado en los epígrafes anteriores, para el posible control de los plazos, en el sentido en que subsistan: los únicos plazos posibles son, durante la vida del autor, los que se activen electrónicamente a través de los mecanismos de gestión. Los plazos, o tiempos determinados programados, se acortarían por las características de la red, aunque, renovables siempre que el autor ejerciera de nuevo su facultad de difusión en diferentes espacios y modos en el ciberespacio.

Por otra parte, transcurridos estos plazos programados y activados, si la copia privada libre sin ánimo de lucro puede fluir libre, (o en su caso, es posible ilimitados accesos libres, aún sin copia) además de vaciar intensamente las facultades de explotación, la obra en el ciberespacio se encuentra casi en un estado de "cuasi" dominio público. El equilibrio de intereses, y de flujo informativo libre y restringido, encuentra en estos plazos y su transcurso, a partir de los cuales la copia privada debería correr libre y sin lucro económico, o acceso libre aún sin copia, un pilar básico. Salvo que el autor ejerza su primera decisión de difundir con una compensación económica a tanto alzado, dejando después libre la obra en la red en su totalidad.

También el registro se muestra útil respecto a las nuevas categorías de obras, como las multimedia: los autores, con independencia de que hayan trabajado con mutuo y previo acuerdo o no, habrán de ponerse de acuerdo después, en orden a la



explotación y protección de la obra. Por lo tanto, habrán de ponerse de acuerdo e inscribir, como un medio seguro de hacer valer su coautoría. Y unánimemente deberán acordar y autorizar las condiciones de explotación, si mediante un mecanismo de gestión, por ejemplo. Es difícil en otro caso imaginar soluciones, salvo que corra la obra multimedia libremente por la red. Que sea el autor que realiza las transformaciones, sin consultar con los otros, el que explote el nuevo resultado. Pero que no se atribuya en exclusiva la parte o la obra previa como suya, sino sólo del conjunto resultante transformado y nuevo. En el llamado "*software libre*" tenemos un ejemplo cercano. Y por supuesto, se muestra útil como lugar donde depositar la copia material, que ha de estar a buen recaudo para la Humanidad.

El nuevo orden informativo: Aunque los mecanismos técnicos pueden "relentizar" la velocidad de información de la red, e incluso, en alguna medida, centralizar lo descentralizado, y por lo tanto el ejercicio del derecho a la información, y aunque se pretenda que este efecto sea mínimo, en el pretendido "balance" de derechos fundamentales, es necesario soportarlo, en tanto que el software se perfeccione, en aras al equilibrio de derechos fundamentales, valores y principios constitucionales.

## **CONCLUSIONES O LINEAS BASICAS DE LA PROPUESTA**

---

- Esta propuesta se hace a la luz de los derechos fundamentales y la arquitectura técnica originaria de Internet libre, conforme a sus principios técnicos de funcionamiento. De acuerdo a la posición doctrinal que sostiene que la Ley de Internet es su funcionamiento técnico, los derechos fundamentales se potencian o restringen en función de la arquitectura de Internet que finalmente se adopte.
- Ni control absoluto ni libertad absoluta, sino aquella posición que permitiendo el máximo respeto de la arquitectura

de la red y la máxima libertad, tan rentable para la creatividad, también posibilite incentivo moral y económico al autor, asimismo necesario en aras de la misma creatividad. Se necesita el concurso entre el mundo real y virtual a efectos de control: en el origen, antes de la entrada en la Red, donde se asegure un incentivo económico y la autoridad moral de la paternidad de la obra; y un control temporal en la red, que asegure explotación comercial y que a la vez permita "medir" la demanda, para el justo reparto de ingresos que pudieran provenir por ésta y otras vías, mediante criterios de estimación objetiva.

- Para que la Red continúe siendo lo más libre posible, el control ha de situarse, preferentemente, en el mundo real. Y dentro de la red lo importante es lograr un equilibrio entre el uso de mecanismos técnicos para proteger los derechos privados del autor, y el libre acceso, para proteger los intereses del público, conforme a las nuevas realidades. Dependerá y se modulará según cada recurso creativo.
- El concepto "público" en la red se asegura mediante "la puesta a disposición física" de la obra en el ciberespacio, su entrada, acceso y transmisión; y la "puesta a disposición jurídica", previo registro de la obra, previa entrada en la red.
- El nuevo espacio técnico que revoluciona todos los sistemas y medios de comunicación existentes, muestra una realidad que, mirada con el sesgo jurídico, revela una nueva fisonomía de la institución. Paralelo al principio técnico eje de la arquitectura libre de Internet y a las consecuentes características que la configuran, el principio "comunicación de punto a punto", se induce un principio jurídico general: la creación es a disposición del autor y la difusión a la del público. Principio general que como tal tiene sus excepciones y que en Internet opera para la mejor consecución del fin último de la institución: el progreso científico técnico y

cultural de la Humanidad.

- ▶ Es decir, la producción creativa del autor es muy cara y hasta escasa, pero el consumo de la información por el público puede ser ilimitada y hasta muy barata, sin riesgo de extinción en la red.
- ▶ Siendo una realidad jurídica que toda expresión con impronta personal es protegible, la originalidad es la esencia de la institución. Y en la red, es la creación la que requiere de fijación y materialización, a diferencia de la difusión que pugna por la libertad y espiritualización.
- ▶ Hay un cambio de prelación en el contenido esencial: es la atribución de la obra, o sea, su paternidad, la facultad raíz de la cual dependen las demás, incluida la facultad de difusión. Así pues, la atribución de la paternidad es clave de todas las facultades morales o económicas, y requiere su registro constitutivo previo en el origen. El título de creador es la fuente de facultades morales y económicas, y permite el control y la compensación económica en el origen.
- ▶ El autor / es o titulares de la información son parte del público y los sujetos del público son o pueden ser autores en la dinámica de la red. Son situaciones o relaciones jurídicas intercambiables, que ahora tienen factibilidad.
- ▶ El autor es soberano en el origen creativo; el público en el destino de la información,
- ▶ En definitiva, la información es universal y de la sociedad global.
- ▶ La no necesidad de materialización estable para la difusión, o transmisión en la red, significa que aunque el primer acto de decisión es capital para el equilibrio de intereses

públicos / privados, ya la institución no se basa, sobre todo desde el punto de vista económico, en la difusión y en el control de la copia, que hacía posible la explotación, en los términos vistos. Ahora, consecuencia del consentimiento de la transmisión de la información, se puede dar lugar a accesos a la misma, y al control de los accesos, por medio de los mecanismos técnicos de control "ad hoc". Es decir, el "control de la copia" se sustituiría por el "control de acceso". En Internet libre, tales controles serían instrumento para la estimación objetiva de compensación económica al autor o titulares, en relación a todas las posibles vías de ingresos, (o de aquellas que no sean una compensación directa al autor), pensando en una economía digital. Pero no son el reflejo real de todos los actos de utilización y conocimiento, susceptibles de explotación que posibilita la red, y que parecen van a escapar a todo control, en una dimensión global.

- Los mecanismos técnicos pueden dar acceso puntual controlado y permitir la copia posterior, que después correrá libre por su casi imposible o difícil control- para dar cabida a los derechos del público, a modo de sustitución de los límites a los derechos exclusivos, imposibles de mantener de otra manera. Ahora bien si estos mecanismos- o cual fuera el software- se perfeccionaran tanto que no dejaran resquicio alguna para la copia, o para la copia de la copia, los intereses públicos se resentirían, y habría que arbitrar medidas para compensar el equilibrio de intereses. Las soluciones han de modularse conforme al recurso creativo en cuestión.
- Se reduce la mercantilización, propiciada ésta por la materialización estable y escasez de soportes o los altos costes de producción y distribución en el mundo real. Ahora se compensa la creación a través de distintas vías y, en la red, la medida de control, para la remuneración, es de

estimación objetiva, mediante los "accesos" a la información, pero no se basa en el control de la copia masiva. Controles de acceso que no pueden equipararse al control de la copia, aunque parezca que el resultado es el mismo. Sin embargo, los accesos no pueden controlar las copias posteriores sino simplemente proporcionar un medio de estimación objetiva para el reparto equitativo de la compensación económica. Vías y fórmulas de compensación económica en las que habrá que implicar a la sociedad entera en lo que nos beneficia a todos y de lo que todos nos beneficiamos

- Una propuesta de categorización de obras o recursos creativos puede tener su punto de arranque en la "originalidad", pero además atendiendo al elemento predominante de la obra (hechos o ideas / expresiones). Dependiendo si es el "conocimiento" o el "goce estético" el fin predominante, el régimen jurídico y la intensidad de protección se modularía, al igual que los plazos de explotación. El concurso del mundo real /virtual parece necesario para una explotación rentable de la obra, y que asegure una compensación proporcional tras la entrada en la red. Y por supuesto, para el respeto de los derechos fundamentales, principios y valores constitucionales en la Red.
  
- El contenido esencial del derecho de autor se rediseña, abandonando la factura liberal para volver a su concepción de la Antigüedad. Tal rediseño trae causa tanto por el cambio de la "naturaleza del soporte", que transforma la producción y comercialización de la información, como del resto de las características técnicas exclusivas de Internet. De manera que se impone el rescate y la fijación en soporte material estable de la creación, expresada en una forma original que es lo que se protege, y se pone a buen recaudo en registros fuera de la red, que también podrían ser cibernéticos De manera que es posible olvidarse del requisito de la fijación en la red, para dejar fluir rápida y libremente las obras

creativas e información en general, favoreciendo, por ejemplo, el comercio electrónico.

- Un nuevo equilibrio informativo puede rendir sus frutos: se potencia el conocimiento y la libertad de expresión por la transmisión rápida y volátil; y a la vez se preserva y se goza las formas originales de la creación, asegurando su fijación estable en el origen, con independencia del funcionamiento de la red, evitando o reduciendo colapsos. Y si se gestionan los derechos de autor por un control de los accesos, mediante mecanismos de gestión, deberían limitarse los tiempos de explotación, y ponderar la oportunidad de dejar correr la copia privada libremente, simultánea o posteriormente al acceso. Dependiendo de cada recurso creativo.
- La facultad de paternidad, que encabeza el orden de prelación del contenido esencial, da paso a la segunda en orden de importancia, moral y económica: el autor decide soberanamente si su obra entra en el espacio de disposición pública que es la red, y su transmisión.
- La virtualidad de lo público / privado en la red, transforma la "publicación" en "entrada en la red", con una disponibilidad física de la obra universal, que para que lo sea también jurídicamente ha de haber sido previamente registrada, dando fe de su forma original y de su paternidad, con el objeto de que pueda gozar de toda protección jurídica en el ámbito del ciberespacio.
- La técnica del arbitraje parece aconsejable a la luz de la diversidad de problemas que surgen por la multiplicidad de posibles derechos aplicables y jurisdicciones competentes. Además, por supuesto, de la necesidad de celebrar acuerdos o tratados globales en la materia que armonicen la normativa mundial.

- Los plazos se reducen considerablemente y el paso al dominio público también, que se produce durante la vida del autor y en tiempos cortos, después de la entrada de la obra en la red, y cuando la explotación de cada categoría creativa haya rendido, en lógica de la red, beneficios satisfactorios y se equilibren los intereses públicos / privados. Dependiendo de cada recurso creativo, una vez más.

## BIBLIOGRAFÍA

---

- ▶ ABRAMS, FLOYD: "First Amendment and Copyright", in *Copyright Society Journal of the U.S.A* ", n° 35, 1987-88.
- ▶ AECE 82009: *Tercer estudio de Comercio Electrónico. En España*, obtenido en <http://www.aece.org/info/documento/estudioAECE/3erEstudioAECE.html> (20/02/200)
- ▶ ÁGUILA OBRA Y PADILLA MELÉNDEZ: *Los modelos de negocio basados en las redes interorganizacionales*.
- ▶ ALBENDÍN: *Los Cibermercados en España, Internet Empresarial*, RA-MA, pp. 150-186
- ▶ ALLARD, NICHOLAS W AND KASS, DAVID A: "Law and Order in Cyberspace: Washington Report", in *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*; spring 1997.
- ▶ ALLARD, NICHOLAS W, KASS, DAVID A: "Law and Order in Cyberspace: Washington Report" *Ninth Annual Computer Law Symposium. Hastings Communications and Entertainment Law Journal (COMM/ENT)* Spring, 1997. <http://www.cch.com>, actualización permanente del tema en: <http://www.bxa.doc.gov/Encryption/Default.html>, legislación que afecta en general a Internet: <http://gigalaw.com>.
- ▶ ALONSO GARCÍA ENRIQUE: *La Interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984.
- ▶ ALVAREZ CIENFUEGOS, J.J.: "Legislación aplicable y jurisdicción Competente" *Jornadas sobre contratación electrónica, privacidad e Internet. Revista Informática de Derecho Informático*, 1999, pp.143-144.
- ▶ AOKI, KEITH: "Authors, Inventors And Trademark Owners: Private Intellectual Property and the Public Domain Part I", in *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts*, 1993.
- ▶ ARAGON REYES, M. "Constitución y Derechos Fundamentales" en *Quaderns de Treball*, Centro D'Estudios de Drests Humans, Universidad de Barcelona, 1994.
- ▶ ARAGON REYES, M.: *Constitución y Democracia*.
- ▶ ARNE, PAUL H.: "New wine in old bottles: the developing law of the internet", in *Practising Law Institute*, September 1995.
- ▶ ARTHUR R. MILLER. MICHAEL H. DAVIS.: *Intellectual Property (Patents, Trademarks and Copyright)*. St Paul MN, 1990, p. 282
- ▶ ASPEN LAW & BUSINESS: "New York Act Regulating Internet Speech Held



Unconstitutional", in *Computer Lawyer*, July 1997.

- ▶ ATTEWELL PAUL.: "The First and Second Digital Divides". En *Sociology of Education*, Volume 74, pp.252-259, que es parte de la documentación del citado SALZBURG SEMINAR.
- ▶ AUERBACH, ANDREW D.: "Mandatory access and the information infrastructure", in *CommLaw Conspectus*, Winter 1995.
- ▶ BACHES OPI, SERGIO: "The Application of the Essential Facilities Doctrine to Intellectual Property Licensing in the European Union and the United States", in *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, winter, 2001.
- ▶ BAIN, SCOTT E.: "Examining Traditional Legal Paradigms In A Non-Physical Environment: Need We Invent New Rules Of The Road For The Information Superhighway?" in *Berkeley Technology Law Journal*, 1997.
- ▶ BALABAN, DAVID: "The Battle of the Music Industry: the Distribution of Audio and Video Works Via the Internet, Music And More", in *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Fall, 2001.
- ▶ BALLON IAN, C: *Intellectual Property Protection and Related Third Party Liability.*, en *Patents. Copyright Trademarks and Literacy Course Handbook Series*. PLI Order No. G4-4007. Practising Law Institute. June, 1997.
- ▶ BARNETT, ASHLEY T.: "Profiting At My Expense: An Analysis Of the Commercialization Of Professors' n° 1 Lecture Notes ", in *Intellectual Property Law Journal*, Fall, 2001
- ▶ BARRON, J A, DIENES. C.: *The, FIRST ARMENDMENT LAW*, St Paul, MN, 1993.
- ▶ BARRY D.WEISS, BARBED WIRES and BRANDING: *In Cyberspace: The future of Copyright Protection*. Practising Law Institute July, 1996.
- ▶ BECKERMAN-RODAU, ANDREW: "Prior Restraints And Intellectual Property: The Clash Between Intellectual Property And The First Amendment From An Economic Perspective", in *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Fall, 2001
- ▶ BENKLER YOCHAI; "Rules of yhe road for the information superhighway: electronic communication and the law", in Part III. *The law of public networks*. Capitulo 18.1: *Network Governance*,
- ▶ BENKLER, YOCHAI Appel, ANDREW; CUNARD, JEFFREY; GARBUS, MARTIN; HERNSTADT, EDWARD ; RUBIN, E. LEONARD and SIMS, CHARLES: "Panel II:

- Digital Video", in *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Winter, 2001.
- ▶ BENKLER, YOCHAI: "Constitutional Of Technology Law", in *Berkeley Technology Law Journal*, Spring 2000.
  - ▶ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO: "Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual Soluciones jurídicas", en *Derechos de Propiedad Intelectual y las Nuevas Tecnologías*, Ministerio de Cultura, 1996, p 71.
  - ▶ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R: *Manual de Propiedad Intelectual*, Valencia, 2001.
  - ▶ BERMAN, JERRY and WEITZNER DANIEL J: "Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart Of The First Amendment In The Ega Of Interactive Media", in *Yale Law Journal*, May 1998.
  - ▶ BIRRELL, AUGUSTINE, MP: *The Law and History of Copyright in Books*; London, 1899, p 50 y ss.
  - ▶ BLAND, ERIC MICHAEL: "Constitutionality of Regulating International Sports Broadcasting: Capital Cities/Abc, Inc. V. Brady", in *Federal Communications Law Journal*, March, 1992.
  - ▶ BONET, JORDI: *El Derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. PPU. Barcelona, 1999.
  - ▶ BOYLE JAMES, SHAMAS: *Software and Spleens*, Massachusetts, 1996
  - ▶ BRISON: *Developpment recent concernant la distinction entre l'idee et l'oeuvre protégée par le droit d'auteur*, en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992
  - ▶ BROWN, JACK E: "Challenges and opportunities of international ip disputes", in *The Computer Lawyer*, July 1996.
  - ▶ BROWN, PETER: "Acquiring rights in multimedia projects and the resulting liabilities from rights of publicity", in *Practising Law Institute*, September 1995.
  - ▶ BUGBEE, BRUCE W: "Genesis of American patent and copyright law", in *Public affairs Press*, Washington 1967.
  - ▶ BUGBEE.BRUCE W: *Genesis of American Patent and Copyright Law*; Washington, D.C., 1967, p 12 y ss; p.125 y ss

- ▶ BUSH, GEORGE P: *Technology and Copyright: Annotated Bibliography and Source Materials*, Maryland, 1972.
- ▶ CARL S KAPLAN: *New York Times, the Year in Internet Law*. 28 de December, 2001. *Se expone la versión jurídica de expertos en Internet sobre el año 2001 en la red. Se puede localizar en <http://www.nytimes.com/2001/12/28>.*
- ▶ CARLSON, BRIAN A.: "Balancing The Digital Scales of Copyright Law", in *SMU Law Review*, March-April 1997.
- ▶ CHIN ANDREW: "Making the World Wide Web Safe for Democracy: A Medium-specific First Amendment Analysis", *Hasting Communicant and Entertainment Law Journal*, winter, 1997.
- ▶ CHON MARGARET: "Radical Plural Democracy and the Internet" Towards: a *Radical and Plural Democracy*, *California Western Law Review*, 1997.
- ▶ CHON, MARGARET: "New Wine Bursting From Old Bottles: Collaborative Internet Art, Joint Wors, And Entrepreneurship", in *Oregon Law Review*, spring 1996.
- ▶ CHON, MARGARET: "Radical Plural Democracy and The Internet", in *California Western School of Law*, Spring 1997.
- ▶ COHEN MORRIS L., OLSON KENT C.: *Legal Research*. St Paul. Minn. 1996.
- ▶ COHEN, JULIE E: "Copyright And The Jurisprudence Of Self-Help", in *Berkeley Technology Law Journal*, Fall, 1998
- ▶ COLOMBERT CLAUDE: *Grandes Principios del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Mundo.*, Madrid 1997
- ▶ COMISION INTERNACIONAL PARA EL ESTUDIO DE LOS PROBLEMAS DE LA COMUNICACIÓN: *Un solo mundo, voces múltiples. Informe de la Comisión Internacional para el Estudio de los Problemas de la Comunicación (informa MC BRIDE)*. UNESCO, México, 1980, p 137.
- ▶ COPYRIGHT ARBITRATION ROYALTY PANEL. *Report of the Arbitration Panel Distribution of Dart Royalty Funds*. BILLING CODE 3110-01-P [Docket No. 99-3 CAR DD 95-98]. U.S.A, 2000.
- ▶ COPYRIGHT OFFICE, LIBRADY OF CONGRESS: Department of Commerce. National Telecommunications and Information Administration. *Report to*

*Congress Pursuant to Section 104 of the Digital Millennium Copyright Act. BILLING CODE 4510-29-M. [Docket n°. 000522150-02870-02] U.S.A, 2000.*

*-Report to Congress Pursuant To Section 104 of the Digital Millennium Copyright Act. BILLING CODE 4510-30-U [Docket n°000522150-0150-01] U:S:A, 2000*

- ▶ COPYRIGHT OFFICE, LIBRARY OF CONGRESS: *"Notice and Recordkeeping for No subscription Digital Transmissions. BILLING CODE 4310-05-P [Docket n°. RM 99-5C]. U:S:A, 1999.*
- ▶ COPYRIGHT OFFICE, UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE ATTORNEYS.APPELLATE STAFF. LIBRARY OF CONGRESS: *Brief for the United States as Amicus Curial. ACM Records, Inc. V. Napster, Inc BILLING CODE 1410-30-P, U.S.A. 2000*
- ▶ CORDERO, STEVEN M: *"Cocaine-Cola, The Velvet Elvis, and Anti-Barbie: Defending the Trademark and Publicity Rights To Cultural Icons", in Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, Winter, 1998.*
- ▶ CORREDOIRA y ALFONSO, L: *"El derecho de acceso a la información en Internet" En Actualidad Informática Aranzadi, n° 32, Julio 1999.*
- ▶ CORREDOIRA Y ALFONSO LORETO: *Tres planos del servicio universal. El derecho de acceso a la información en Internet .Actualidad Informática, Aranzadi,n°32, 1999*
- ▶ DASIVA RUSSELL J., DROIT MORAL: *and The Amoral Copyright: A comparision of Artists'rights in France and the United States., en Bulletin of the Copyright Society, October, 1980.*
- ▶ DAVID R JONHSON, DAVID POST: *Law and Brorders- The rise of Law in Cyberspace. Stanford Law Review. 48, 1996.*
- ▶ DAVARA, M. RODRIGUEZ: *La Protección de Datos Personales en el Sector de las Telecomunicaciones, Madrid, 2000*
- ▶ DAWID, HEINZ: *"Basic Principles of International Copyright", in Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A, n° 21, 1973-74*
- ▶ DEBOIS, H: *Le droit dáuteur, Paris, 1966.*
- ▶ DELACOURT, JOHN T: *"The International Impact of Internet Regulation", in Harvard International Law Journal, Winter 1997.*
- ▶ DESANTES GAUNTER. J.M: *Teoría y Régimen jurídico de la Documentación, p.p 374. Madrid, 1987*

- ▶ DESANTES GUANTER, J.M: *Derecho de la Información (II). Los mensajes informativos.*
- ▶ DESANTES GUANTER, J.M: *El derecho de la Información II*, Madrid 1994, 9.29 y ss.
- ▶ DESANTES J.M: "Titularizad de la Empresa Informativa sobre el Medio que difunde" *Comunicación y Sociedad*, VIII, 2, 1996.
- ▶ DIETZ ADOLF; "Copyright in the modern technological world: A mere industrial property right? *En Bulletin Copyright Society*, nº 18, 1970-1971, ps. 83-95.
- ▶ DIETZ, ADOLF; "Copyright In The Modern Technological Word", in *Copyright Society Journal of the U.S.A* ", nº 18, 1970-71.
- ▶ DOERR, MICHAEL P: "Java: An Innovation in Software Development and A Dilemma in Copyright Law", in *Intellectual Property Law Journal*, Fall, 1999.
- ▶ DON TAPSCOTT: *The Digital Economy*, NY, 1995.
- ▶ EBEN MOGLEN: "Anarchism Triumphant: Fre software and Death of copyright" *From Columbia University*  
<http://old.Law.columbia.edu/my-pubs/anarchism.html>.
- ▶ EISENSTEIN, ELIZABETH: *Printing Revolution in the Early Modern Europe*. 1983.
- ▶ EL LIBRO VERDE Y BALCO DE LA ADMINISTRACIÓN CLINTON: *Information Infrastructure Task Force, Intellectual Property and National Information Infrastructure Task Force ("Task Force")* July, 1994.
- ▶ EL PAIS: "Democracia en la UE, tres propuestas osadas", 18 de Diciembre de 1996
- ▶ ELKIN, MICHAEL S. and KHLIVACH, ALEXANDRA: "Napster Near and Far: Will the Ninth Circuit's Ruling Affect Secondary Infringement in The Outer Reaches Of Cyberspace?", in *International Law Brooklyn Journal*, 2002.
- ▶ ELKIN-KOREN, NIVA: "Copyright policy and the Limits of Freedom of Contract". *Symposium Digital Content: New Product and New Business Model. Berkeley Technology Law Journal*, 1997.
- ▶ ENRIQUE ALONSO GARCÍA: *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984.

- ▶ ERDOZAIN J.C.: *Las retransmisiones por cable y el concepto de público en el Derecho de Autor*, Pamplona, 1997
- ▶ ERDOZAIN, J.C. *Derechos de autor y Propiedad Intelectual en Internet*, Madrid, 2002. p. 97.
- ▶ ESCOBAR MODESTO.: *El Comercio Electrónico*, Madrid, 2000.
- ▶ ESEZOBOR, J.E.: "Concepts in Copyright Protection", in Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A, nº 23, 1975-76.
- ▶ FERNANDEZ BAOBIDE C. (Director de Operaciones de ERITEL), *Las nuevas tecnologías y las creaciones intelectuales*, en *Derecho de Propiedad Intelectual y las Nuevas tecnologías*, p.51 Madrid, 1996.
- ▶ FERNANDEZ ESTEBAN: *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, Madrid, 1998.
- ▶ FERNANDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, A y FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, C.: *Sistema Electoral, Partidos políticos y Parlamento*, p.23 y ss. Madrid, 2003.
- ▶ FERNANDEZ-LUDEÑA C. (Abogada del Bar de California), en su artículo "La Distribución de productos cinematográficos en Internet: la experiencia de Motion Pictures" en *Retos de la Información en Internet*, Madrid, 1998.
- ▶ FRANCES CAIRNCROSS: *The Death of Distance.*, Massachusetts. FREE SOFTWARE FOUNDATION <http://www.gnu.org/philosophy/categories.html>.
- ▶ FREITAS, DENIS: "The Task Of Authors'S Societies Vis-À-Vis New Techniques Of Communication", in Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A, nº 20, 1972-73.
- ▶ FRIEDMAN, MARC S. AND BISSINGER: "Infojacking: Crimes On The Information Super Highway", in *Journal of Proprietary Rights*, May 1997.
- ▶ GARCÍA MAS: *Análisis de la proposición de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior*, RCDI, t, 18, 1997,99.192
- ▶ GARCÍA TORRES. J.M. y JIMENEZ BLANCO, A: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, p.13. Madrid 1986.

- ▶ GARROTE FERNÁNDEZ DíEZ: *El derecho de autor en Internet*, Granada, 2001.
- ▶ GASTAMBIDE. M: *Historique et Théorie de la Propriété des Auteurs*. Paris, 1892.
- ▶ GEIST, MICHAEL A. "Is There A There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction", in *Berkeley Technology Law Journal*, Fall, 2001.
- ▶ GERVAIS, DANIEL J: "Electronic Rights Management and Digital Identifier Systems", en the *Journal of Electronic Publishing*, University of Michigan Press. Geneva, December, 14-15, 1998 <http://www.press.umich.edu/jep/04-03/gervais.html>.
- ▶ GLASSER. Legal Works, 2001.
- ▶ GLOSSARY OF TERMINOLOGY.
- ▶ GLYNN, PATRICK J: "Cyber Copyright: Internet Provider Liability", in *Texas Bar Journal*, July 1997.
- ▶ GONZÁLEZ BALLESTEROS, T: "Libertad de expresión e Internet en el ámbito del Derecho" *Actualidad Informática Aranzadi* nº 32, Julio, 1999.
- ▶ GONZALEZ CASANOVA, J.A: *Comunicación Humana y Comunidad Política*, Madrid, 1968.
- ▶ GONZALEZ, INES G: "Intellectual Property; A. Copyright Recording Industry Association of America, Inc. V. Diamond Multimedia Systems, Inc", in *Berkeley Technology Law Journal*, Summer 2001.
- ▶ GOODALE, JAMES; SHERMAN, ROBERT; SCHWARTZ, PAUL ; MULLIGAN, DEIRDRE AND EMMERT, STEVEN: "Panel I: the Conflict Between Commercial Speech And Legislation Governing The Commercialization Of Public Sector Data", in *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Fall, 2000.
- ▶ GORA, JOEL M: "The Supreme Court And Local Government Law: The 1999-2000 Term: The Storm Arrives: The First Amendment Cases In The Supreme Court's 1999-2000 Term", in *Touro Law Review*, Fall, 2000.
- ▶ GORMAN, ROBERT A: *Copyright for the nineties* and Ginsburg Jane C. Virginia, 1993.
- ▶ GRAVES, RICHARD B: "Private Rights, Public Uses, and the Future of the Copyright Clause", in *Nebraska Law Review*, 2001.

- ▶ HALLETT, DAVID E: "*How To Destroy A Reputation and Get Away With It the Communication Decency Act Examined*", in *Law and*
- ▶ HAMILTON, MARCI A: "*Copyright Law As Communications Policy*", in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2002.
- ▶ HARTMERE, MICHAEL C: "Defining New York's Statutory Right of Privacy: A Case Comment On *Messenger V. Gruner + Jahr Printing And Publishing*", in *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Spring, 2000.
- ▶ HARVARD LAW REVIEW, comment: "An Author'S Artistic Reputation Under the Copyright Act Of 1976", in *Harvard law Review*, Vol92, 1979.
- ▶ HAYSLETT, THOMAS L: "*Antitrust Guidelines For the Licensing of Intellectual Property*" , in *Intellectual Property Law Journal*, Spring, 1996.
- ▶ HAZAN VICTOR: "The Origin Of Copyright Law In Ancient Jewish Law", in *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A*, n° 18, 1970-71.
- ▶ HEINKE REX S., BANDLOW, LILCOLN D: "*Copyright Protection on the Internet, Personal Jurisdiction In Cyberspace*" Practising Law Institute. September, 17, 1997.
- ▶ IAN BALLON: *E-Commerce and Internet. Law*, Glasser Legal Works, 2001.
- ▶ J DASILVA, RUSSELL: "*Artists'S Rights In France and the U.S.*", in *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A*, Vol. 18-N° 1, October 1980.
- ▶ J. A. VEGA VEGA: *Derecho de Autor*, Madrid 1990. p. 23.
- ▶ JACKL. L GOLDSMITH: *The Internet and the Abiding Significance of Territorial en INd. Of Global Legal Studies*, 5 US 1998.
- ▶ JACKSON, MATT; "*Linking Copyright To Homepages*", in *Federal Communications Law Journal*, April 1997.
- ▶ JAMES BOYLE: *Shamans. Software and Spleens*; Massachusetts, 1996.
- ▶ JANICE R. WALTER: *Protecting Cyberspace: Copyright and the World Wide Web*. Federal Lawyer. May, 1996.
- ▶ JIMÉNEZ DE PARGA, M: *La Ilusión Política ¿Hay que reinventar la Democracia?*, Madrid, 1993.



- ▶ JUENA LEIVA: *Sobre la improcedencia de censurar legalmente los contenidos de Internet*.
  
- ▶ JURGEN BLEISE, BERNHARD: "Freedom of Speech and Flag Desecration: A Comparative Study Of German, European and United States Laws", in *Federal Communications Law Journal*, April, 1993.
  
- ▶ KATZ, EDDAN E: "Intellectual Property A. Copyright 3. Digital Millenium Copyright Act A) Anti-Circumvention Provisions", in *Berkeley Technology Law Journal*, 2001
  
- ▶ KELLY, CHRISTOPHER M: "The Espectre Of A Wired Nation: Denver Area Educational Telecommunications Consortium V. Fcc And Firs Amendment Analysis In Cyberspace", in *Harvard Journal of Law and Technology*, Summer 1997
  
- ▶ KNOLL, AMY: "Any Which Way But Loose: Nations Regulate the Internet", in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Summer 1996.
  
- ▶ KNOX, WILLIAM OWEN: "Cable Franchising And The First Amendment: Does The Franchising Process Contravene First Amendment Rights"?, in *Federal Communications Law Journal*, December, 1984.
  
- ▶ KOEHLER, JENNIFER L: "Comedy Iii Productions, Inc. V. Gary Saderup, Inc.: Finding A Balance Between The Right Of Publicity And The First Amendment Right Of Freedom Of Speech", in *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, December, 2001.
  
- ▶ KOENIGSBERG I. FRED., DE LA CRUZ, MARJ: "Current Issues in Internacional Property" en *Practising Law Institute*, September, 1997, p.5.
  
- ▶ KUNSCH, KELLY: "Diogenes Wanders the Superhigway: A Proposal for Authentication of Publicity Disseminated Documents on the Internet", in *Seattle University Law Review*, Spring 1997.
  
- ▶ L. OAKES, JAMES: "Copyright and Copyremedies", in *Copyright Society Journal of the U.S.A*", n° 38, 1990-91.
  
- ▶ LANDAU, MICHAEL B: "Publication, Musical Compositions, and the Copyright Act Of 1909: Still Crazy After All These Years", in *Entertainment Law & Practice of Vanderbilt Journal*, Winter, 2000.
- ▶ LAPE, LAURA G: "Narrow view of Creative Cooperation: The Current State of Joint Work Doctrine", *Albany Law Review* 1997.
  
- ▶ LAWERENCE LESSIG: Reading. The Constitution in Cyberspace, 45 *Emory L.I. U:S:A*, 1996

- ▶ LAWRENCE LESSIG: *en The Future of Ideas, Nueva Cork, 2001 "There was a time before.*
- ▶ LEE, JENNIFER A: "Intellectual Property C. Trademark 1. Protectability A) Public Domain", in *Berkeley Technology Law Journal*, 2001.
- ▶ LEGISLACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, Madrid, 2000.
- ▶ LEIB, MICHAEL S: "E-Mail And The Wiretap Laws: Why Congress Should Add Electronic Communication To Title Iii'S Statutory Rule And Expressly Reject A Good Faith Exception", in *Harvard Journal on Legislation*, Summer 1997.
- ▶ LEMLEY, MARK A: "Romantic Authorship and the Rhetoric of Property" Literature Reviews & Analyses, en *Texas Law Review*, Marzo, 1997.
- ▶ LEMLEY, MARK A: "The Constitutionalization of Technology Law", in *Berkeley Technology Law Journal*, Spring 2000.
- ▶ LESSIG LAWRENCE: "Post Constitutionalism". Analyses *Michigan Law Review*, May, 1996
- ▶ LESSIG, LAWRENCE: "Constitution And Code", in *Cumberland Law Review*, 1996-1997.
- ▶ LESSIG, LAWRENCE: "The Limits In Open Code: Regulatory Standards And The Future Of The Net", in *Berkeley Technology Law Journal*, Spring, 1999.
- ▶ LIBRO VERDE: *Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información*. Bruselas, 1995 COM (95) 382 final p.25.
- ▶ LITMAN, JESSICA: "Revising Copyright Law for the Information Age". *Symposium: Innovation and the Information and the Information Environment*. *Oregon Law Review*, Spring 1996.
- ▶ LLOID, FRANK W: "High Court Affords Internet Broad 1<sup>st</sup> Amendment Protection", in *Cable T.V. and New Media Law and Finance*, July 1997.
- ▶ LOPEZ GUERRA, LUIS y otros (VVAA); *Derecho Constitucional*. Vol. I *El Ordenamiento constitucional Derechos y deberes de los ciudadanos*. p.302. Valencia, 2003.
- ▶ LORETO CORREDOIRA: "La convergencia de los medios de Internet", en *Los Retos de la Información en Internet. Las libertades de Acceso*

y Difusión, Madrid, Diciembre de 1998.

- ▶ LUCCIANI, M., "*Libertad d'informazione en la Jurisprudenza costituzionale*", en *Política del Diritto*, n° 4, 1989, p.605.
- ▶ M.ETHAN KATSH: *Law in a digital world*. New York. 1995.
- ▶ MACINTOSH, KERRY LYNN: "*Association Of American Law Schools 2001 Annual Meeting Section On Law And Computers*", in *Science and Technology Law Boston University Journal*, Summer, 2001.
- ▶ MARCHENA GÓMEZ: *Algunos aspectos procesales de Internet. Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet. Cuadernos derecho Judicial*, 2000
- ▶ MARIE-CLAUDE DOCK, *Contribution Historique a Etude Sur Le Droit D'auteur, Bibliothèque D'histoire Du D'auteur, Bibliothèque D'histoire Du Droit et Droit Rom*, Tome VIII, Paris.
- ▶ MARTÍN BERNAL: *Internet y virtualización del Derecho en general y del Derecho civil en particular*. *Actualidad Civil*, n° 12, 2001
- ▶ MARTIN, C.D. REAGLE. J.M: "*An alternative to Government Regulation and Censorship: Content Advisory Systems for the Internet*".
- ▶ MARYBETH PETERS; *STATEMENT.FISCAL 202 BUDGET RESQUEST. BEFORE THE SUBCOMMITTEE ON LEGISLATIVE BRANCH. The Register of Copyrights*. United States Senate. May 2, 2001.
- ▶ MASSON, DOUGLAS J: "*Fixation On Fixation: Why Imposing Old Copyright Law On New Technology Will Not Work*", in *Indiana Law Journal*, 1996.
- ▶ MATVEEV, JURI: "*Copyright Protection In the U.S.S.R*", in *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A*, n° 21, 1973-74.
- ▶ MC CAFREY: *Transnational Jurisdiction, International Programs*. McGeorge School of Law. Sacramento, California, 2001.
- ▶ MEYERSON MICHAEL I: "*Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the Speaker Within The New Media*", in *Notre Dame Law Review*, 1995.
- ▶ MICROSOFT CORPORATION, *Glosario de Términos de Internet*. 1996.
- ▶ MICROSOFT CORPORATION. *Glosario de Términos de Internet*. En

[www.uco.es/ccc/glosario/glosario.html](http://www.uco.es/ccc/glosario/glosario.html).

- ▶ MIGUEL ASENSIO, P. A: *Derecho Privado en Internet*, Madrid, 2000.
- ▶ MILLER PEGGY A: "Copyright Protection on the Internet: Hyperlinks and Web Site Material. Fair Use Doctrine and The Internet", en *Practising Law Institute. Advertising Law Media Age*. September, 17 de 1997.
- ▶ MORANO, MICHEL F: "Legislating In The Face Of New Technology: Copyright Laws For The Digital Age", in *Fordham International Law Journal*, 1997
- ▶ MORENO NAVARRETE: *Contratos electrónicos*, Madrid, 1999.
- ▶ MORRIL, MARK C. AND EATON SARAH E: "Protecting copyrights on-line: copyright liability for on-line service providers", in *The Journal of Proprietary Rights*, April 1996.
- ▶ NEGROPONTE: *El mundo digital*, Barcelona, 1995.
- ▶ NETWORK WORKING GROUP: "Request for Comment: 1958, Architectural Principles of the Internet"., BRIAN E. CARPENTER, ed.(1996) disponible en <http://www.jetf.org/rfc/rfc1958.text>.
- ▶ NOLAN, PETER F: "All Right Not Reserved After The First Sale", in *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A*, nº 23, December 1975.
- ▶ NORDEMANN: *Forma e idea en el Derecho de autor*, en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992
- ▶ O'CONNELL, THOMAS J: "Copyright: Moral Right-A Proposal", in *Fordham Law Review*, Vol. 43, 1975.
- ▶ O'ROURKE, MUREEN A: "Property Right And Competition on the Internet: In Search oh An Appropriate Analogy", in *Berkeley Technology Law Journal*, Spring 2001.
- ▶ OMPI: "Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos", Ginebra, 1980. ISBN 92-805-0016-3.
- ▶ O'ROURKE, MAUREEN A: "Property Rights And Competition On the

*Internet: In Search Of An Appropriate Analogy*", in *Berkeley Technology Law Journal*, Spring, 2001.

- ▶ PAKUSCHER, ERNEST K: "Recent Trends Of The German Copyright Law", in *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A*, Vol.13-nº 2, December 1975.
- ▶ PATEL, SHILPA; "Patent Fairness Act Of 1999: The Implications of Extending Patents for Pipeline Drugs", in *Intellectual Property Law Journal*, fall, 2000.
- ▶ PATTERSON, LYMAN RAY: *Copyright in Historical Perspective*; Nashville, 1968.
- ▶ PAUL GOLDSTEIN: *Copyright Highway.*, U.S.A, 1994, p, 76 y ss.
- ▶ PÉREZ ROYO., *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, 1995.
- ▶ PERRY BARLOW: "Electronic Frontier Foundation" <http://www.eff.org>
- ▶ PFORZHEIMER, WALTER L: "Historical Perspective on Copyright Law and Fair Use"4. 1941, en *C, Reprography and Copyright Law*; edited by LOWELL H. HATTERY and GEORGE P. BUSH.
- ▶ PHILLIPS, DOUGLAS E: "Xml Schemas and Computer Language Copyright", in *Intellectual Property Law Journal*, Fall, 2001.
- ▶ POST, ROBERT; "Encryption Source Code and the First Amendment", in *Berkeley Technology Law Journal*, spring, 2000.
- ▶ Price, Monroe E: And Duffy John F.; "Technological Change And Doctrinal Persistence: Telecommunications Reform In Congress And The Court", in *Columbia Law Review*, May 1997
- ▶ RAI, ARTIK: "Fostering Cumulative Innovation in the Biopharmaceutical Industry: The Role of Patents And Antitrust", in *Berkeley Technology Law Journal*, Spring 2001.
- ▶ RAYLE, RUDOLF: "The Trend Towards Enhancing Trademark Owners' Rights-A Comparative Study Of U.S. And German Trademark Law", in *Journal of Intellectual Property Law*, Spring, 2000.
- ▶ RAYSMAN, R BROWN, P: and Neuburger, JD, *Multimedia Law: Forms & Analysis. Glossary of Terminology for Emerging Technologies.*, Law Journal Seminar-Press (Division of The New York Law Publishing Company) 1996.
- ▶ REAM, DALE J: "Copyrighted works & computer networks: is protection

*possible?" in Kansas Journal of Law Public Policy, Spring 1995.*

- ▶ REEVES, HAROLD SMITH: *"Property in Cyberspace"*. University of Chicago Law Review. Sprig, 1996
- ▶ RINDSKOPF PARKER, ELIZABETH: *The International Dimensions of Cyberspace Law*. Aldeshot, England: Burlington, Vermont: UNESCO, 2000 PP. XIII, 231.
- ▶ RINGER, BARBARA A: *"New horizont for international", copyright, in Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A, n° 17, 1969-70.*
- ▶ ROBERT A. GORMAN: JANE C. GINSBURG., *Copyright for the Nineties; Virginia, 1993. p 1 y ss.*
- ▶ ROBERT A. GROMAN and JANE C GINSBURG: *Copyright for the nineties. Cases and Materials.*, USA, 1993.
- ▶ ROSA MARIA GARCÍA SANZ: *"La protección de la propiedad intelectual del software en Internet"*. Jornadas del Institute for Internacional Research. Madrid, 2001.
- ▶ ROSA MARIA GARCÍA SANZ: *El derecho de autor de los periodistas*, Madrid 1992.
- ▶ ROSE MARK., *Authors and Owners. The invention of Copyright; USA, 1994.*
- ▶ ROSS, SUSAN DENTE: *"First amendment trump?: the uncertain constitutionalization of structural regulation separating telephone and video"*, in *Federal Communications Law Journal*, March, 1998.
- ▶ RUBIO LLORENTE, F: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1995.
- ▶ RUBIO LLORENTE, R., *"La campaña Electoral a través de la Red"* en <http://www.derin.uninet.edu>.
- ▶ SAMAHON, TUAN N: *"the First Amendment Case Against FCC IP Telephony Regulation"*, in *Federal Communications Law Journal*, March, 1999.
- ▶ SAMUELSON PAMELA: *"the digital content symposium"*, *Berkeley Technology Law Journal*, 1997.
- ▶ SAMUELSON. PAMELA: *"Some New Kinds of possible Authorship made*

*possible by computers and some Intellectual Property Questions the raise"*, 53 U. Pitt.L.Rev.685, 1992.

- ▶ SÁNCHEZ NAVARRO, J.D: *Internet, Madrid, 1996.*
- ▶ SCHEURER, KIRSTEN; "Cryptography Technology and the Constitution - the Government's answer to encryption "chips" away at constitutional Rights", in *Rutgers Computer and Technology Law Journal*, 1995.
- ▶ SCHLACHTER, ERIC: "The Intellectual Property Renaissance in Cyberspace: why copyright law could be unimportant on the internet", in *Berkeley Technology Law Journal*, 1997.
- ▶ SELTZER, LEON E: "Exemptions and fair use in copyright", in *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A*, n° 24-pag.279, 1976-77.
- ▶ SHAPIRO, ANDREW L. *The control Revolution: How the Internet is putting individuals in charge and changing the world we know*, New York, 1999.
- ▶ SHERMAN, BRAD; "Remembering and forgetting: the birth of modern copyright law", in *Intellectual Property Journal*, n°10, 1995-1998.
- ▶ SIMPSON SHOCKLEY, RACHEL; "The Digital Millennium Copyright act and the First Amendment: can they co-exist"?, in *Journal of Intellectual Property Law*, Spring, 2001.
- ▶ SINROD, ERIC J. AND JOLISH, BARAK D: "the Emerging law of privacy and speech in cyberspace", in *Leland Stanford Junior University Stanford Technology Law Review*, 1999.
- ▶ SIVERGLATE, HARVERY A., CORMIER, P.G. "Old Wine in New Bottles: Cyberspace and the Criminal Law", *Boston Bar Journal*, May/June, 1997.
- ▶ SMITH REEVES, HAROLD: "Property in cyberspace", in *University of Chicago Law Review*, spring 1996.
- ▶ SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J. "Acerca De la Doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de Expresión" en *R.D.P.* n° 77, Madrid, 1992.
- ▶ SOMA, JOHN T. AND DAVIS, KEVIN B: "Network effects in Technology Markets: Applying the Lessons of Intel and Microsoft to Future Clashes Between Antitrust and Intellectual Property", in *Journal of Intellectual Property Law*, Fall, 2000.
- ▶ SOUVIRÓN MORENILLA, J.M: *Derecho público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión*; Granada, 1999.

- ▶ STALLMAN, R: *Copyright AND Globalization in the Age of Computer Networks*, Speech given at MIT in the Communication Form on Thursday, April 19, 2001. Disponible en: <http://gnu.org/philosophy/copyright-and-globalization.html>.
- ▶ STEFIK, MARK; "Shifting the possible: how trusted systems and digital property rights challenge us to rethink digital publishing", in *Berkeley Technology Law Journal*, 1997.
- ▶ STEPHEN WILSKÉ & TERESA SCHILLER: *International Jurisdiction in Cyberspace: Wich States May Regulate the Internet?* FED. Commission. *Legal Journal*, 50. US 1997.
- ▶ STEPHENS, KEITH. SUMNER, J.P. "Internet Service Provider's Liability for Copyright Infringement over the Internet", *Computer Lawyer*, 1997.
- ▶ STREIBICH, HAROLD C.; "Moral right of ownership to intellectual property", in *Memphis state University Law Review*, Vol.6, 1975.
- ▶ STREIBICH, HAROLD C.; "Moral right of ownership: part II", in *Memphis state University Law Review*, Vol.7, 1976.
- ▶ SUBEN, ERIC D.; "Intellectual property on-line", in *Federal Lawyer*, March-April 1996.
- ▶ SULLIVAN, JANNE E. "Copyright for Visual Art in the Digital Age: A Modern Adventure in Wonderland" en *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, 1996.
- ▶ TELLES BRUCE. NAFZIGER, JAMIE N: "Insurance Coverage for Intellectual Property Torts in Cyberspace" *Medley's Emerging Insurance Disputes*, July, 1997
- ▶ TESSENSOHN, JOHN A: "May you live in interesting times-European trademark law in the wake of *sabel bv v. puma ag*", in *Journal of Intellectual Property Law*, Spring, 1999.
- ▶ THERIEN, JOHN R.; "Exorcising the specter of a pay per use society: toward preserving fair use and the public domain in the digital age", in *Berkeley Technology Law Journal*, summer 2001.
- ▶ THIRD PARTY LIABILITY: in *Practising Law Institute*, June 1997.
- ▶ THOR, JOSEPH B: "The interview and the problem of common law copyright in oral statements", in *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A*, n° 17, December 1969-70.



- ▶ TIERMAN, BARRY W: "The economic rationale for copyright protection for published books", in *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A*, n° 19, 1971-72.
- ▶ TRUBOW GEORGE B., "Constitution vs. Cyberspace" en *Business Law Today*, March/April, 1996.
- ▶ TURKEWITZ, NEIL: "Technology and law", in *Copyright Society Journal of the U.S.A* ", n° 38, 1990-91.
- ▶ UNESCO-CINDOC. *Estudio comparativo que permite extraer los grandes principios de derechos de autor en el mundo*.
- ▶ UNIVERSIDAD DE HARVARD: *Developments in the law of Cyberspace*. *Harvard Law Review*. Vol 112, May 1999 n° 7 p.1575-1722.
- ▶ VALENTINE, JOSEPH B; *Copyright: MORAL RIGHT- A proposal*; *Fordham Law Review*, 1975.
- ▶ VALKENBURG, E. WALTER VAN: "The First Amendment in cyberspace", in *Oregon Law Review*, spring 1996.
- ▶ VAN VALKENBURG, WALTER., "The First Amendment in Cyberspace", *Oregon Law Review*, Spring, 1996.
- ▶ VELARDE KOECHLIN, C. "Hacia una Democracia digital: propuestas de aplicación" *Revista Electrónica de Derecho Informático*, n° 28, Noviembre, 2000 Disponible en : <http://www.derecho.org/redi>.
- ▶ VILLAVERDE MENÉNDEZ I: *el Estado democrático e Información: El derecho a ser informado*, Oviedo, 1994.
- ▶ VILLAVERDE MENENDEZ, I., *Los derechos del público*, Madrid 1995.
- ▶ VOCABULARIO USUAL SOBRE NUEVAS TECNOLOGÍAS. *Los Derechos Intelectuales del Artista del Medio Audiovisual*. AISGE., p. 58.
- ▶ VOLOKH, EUGENE: "Freedom of speech, cyberspace, and harassment law", in *Leland Stanford Junior University Stanford Technology Law Review*, 2001.
- ▶ VVAA: *Nomenclatura, términos técnicos y conceptos de los mercados de telecomunicaciones. Comentarios a la ley General de Telecomunicaciones.*, Pamplona, 1999.
- ▶ WALKER, JANICE R: "Protecting Cyberspace: The World Wide Web", *Federal Lawyer*, May, 1996.

- ▶ WALLACE, WILLIAM, G.M.G. "The impact of new technology on international Copyright and neighbouring rights, en *Bulletin Copyright Society*, n° 18 1870-71, p. 893-313.
  
- ▶ WALLAGE, WILLIAM; "Impact of new Technology on International Copyright and neighbouring Rights", en *Bulletin copyright*. n° 18.
  
- ▶ WALTERSCHEID, EDWARD C.; "Defining the patent and copyright term: term limits and the intellectual property clause", in *Journal of Intellectual Property Law*, Spring, 2000.
  
- ▶ WEILER, JOSEPH H. H: *Europa, fin de Siglo. Centro de Estudios Constitucionales. Cuadernos y Debates*, n° 59, Madrid, 1995, p.103 y ss.
  
- ▶ WEINBERG, HAROLD R.; "article: trademark law, functional design features, and the trouble with traffix", in *Journal of Intellectual Property Law*, Fall, 2001.
  
- ▶ WHALE, F.F; *Copyright Evolution, theory and practice*. Edinburgh, 1970.
  
- ▶ WIENS, JESSE: "a&m records, inc. v. napster, inc.: copyright infringement on the internet", in *University of Denver (Colorado Seminary) College of Law Review*, 2001.
  
- ▶ WILLIAN AND MARY LAW REVIEW: comment: "Moral Right for Artists", in *Willian and Mary Law Review*, Vol18, 1976-77.
  
- ▶ WINCOR, RICHARD; "Beyond Copyright", in *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A*, n° 19, 1971-72.
  
- ▶ WORRALL TILTON, MICHELLE AND, MILTON CHAD E: "Insuring intellectual Property Claims", in *Practising Law Institute*, May 1997.
  
- ▶ Wu, Timothy S: "Cyberspace sovereignty? - - the internet and the international system", in *Harvard Journal of Law and Technology*, Summer 1997.
  
- ▶ YARNELL, JULES E.; "Recording piracy is everybody's burden", in *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A*, n° 27, 1978-79.
- ▶ YOCHAI BENCKLER: "For Consumers to Users: Shifting the Beeper Structures of Regulation" en *Federal Communications Law Journal*, n° 52, 2000,
  
- ▶ YOUM, KYU HO: "Editorial rights of public broadcasting stations vs. access for minor political candidates to television debates ", in *Federal Communications Law Journal*, May, 2000.
- ▶ ZIPURSKY, BENJAMIN C: BURNS, ERIC; HAWTHORNE, DONALD W.; JOHNSON, THOMAS ;

MOULTON, DAVID H. AND PETERS, ROBERT W: "Panel 1: the v-chip and the constitutionality of television ratings", in *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Winter, 1998.

- ▶ ZISSU, ROGER L : "Overview of the 1976 copyright act", in *Copyright Society Journal of the U.S.A* ", n° 34, 1986-87.
- ▶ ZITRAIN: "Law in the Cyberspace".
- ▶ ZITTRAIN, JONATHAN: "The Rise and Fall of Sysopdom", in *Harvard Journal of Law and Technology*, summer 1997.

- ▶ **ADHOC COALITION** (ALIANZA PARA DEFENDER LOS INTERESES DE LOS PSI)  
<http://www.ahccoalition.org> (Inglés)
- ▶ **BOE BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO .**  
<http://www.boe.es>
- ▶ **BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE (BSA)**  
<http://www.onnet.es/bsa> (Español)  
<http://www.bsa.org> (Inglés)
- ▶ **CÁMARA DE EMPRESAS DE SOFTWARE Y SERVICIOS INFORMÁTICOS**  
<http://www.cessi.org.ar>
- ▶ **CIPO/OPIC - CANADIAN INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE / L'OFFICE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DU CANADA (in English and French)**  
<http://cipo.gc.ca/>
- ▶ **CONGRESO DE LOS DIPUTADOS.**  
[http:// www.congreso.es](http://www.congreso.es)
- ▶ **CONTRACT- SOFT ASPECTOS JURÍDICOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO**  
<http://www.onnet.es/comercio.htm>
- ▶ **DNPI - DIRECCIÓN NACIONAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL**  
<http://www.onnet.es>
- ▶ **DEPARTAMENTO DE COMERCIO AMERICANO.**  
<http://www.ecommerce.gov/>
- ▶ **ELECTRONIC COMMERCE AND INTERNET LAW RESOURCE CENTER**  
<http://www.perkinscoie.com/resource/ecom/ecom.htm>
- ▶ **EU UNIÓN EUROPEA.**  
[http:// www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)
- ▶ **IMPI - INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (in Spanish and English)**  
<http://banapanet.impi.gob.mx/Contador/index.html>
- ▶ **INPI - INSTITUTO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (IN SPANISH ONLY)**  
<http://www.inpi.gov.ar/princ.htm>
- ▶ **INPI - INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL (in Portuguese, English, French and Spanish)**  
<http://www.inpi.gov.br/>

- ▶ **INDECOPI - INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (in Spanish Only)**  
<http://www.indecopi.gob.pe/>
  
- ▶ **MINISTERIO DE EDUCACION CULTURA Y DEPORTE**  
[http://www.mcu.es/Propiedad\\_Intelectual/indice.htm](http://www.mcu.es/Propiedad_Intelectual/indice.htm)  
[http://www.mcu.es/Propiedad\\_Intelectual/03entidades.htm](http://www.mcu.es/Propiedad_Intelectual/03entidades.htm)
  
- ▶ **NY TIMES NUMERO ESPECIAL DEL NYTIMES DEDICADO A E-COMMERCE.**  
<http://www.nytimes.com/library/tech/99/09/biztech/technology/?1005>
  
- ▶ **OMPI ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**  
<http://www.wipo.org>  
<http://clea.wipo.int>
  
- ▶ **ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**  
<http://www.wipo.int/index.html.es>
  
- ▶ **ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (Español, Inglés y Francés)**  
<http://www.wipo.org>
  
- ▶ **PLANT VARIETY PROTECTION OFFICE**  
<http://www.ams.usda.gov/science/PVPO/pvp.htm>  
<http://www.law.duke.edu/copyright/index.html>
  
- ▶ **SENADO.**  
<http://www.senado.es>
  
- ▶ **SOCIADAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES**  
<http://www.sgae.es>  
<http://www.sgae.es/html/asesjuri/legislacion/propiedadintelectual/propint.htm>  
[http://www.ensenet.com/main.asp?contenido=NOTICIAS&subcontenido=REGIMEN\\_ESPECIAL&modo=AMPLIAR\\_NOTICIA&id=8394](http://www.ensenet.com/main.asp?contenido=NOTICIAS&subcontenido=REGIMEN_ESPECIAL&modo=AMPLIAR_NOTICIA&id=8394)  
<http://www.culturaviva.net>
  
- ▶ **SOCIEDAD DE INTÉRPRETES O EJECUTANTES.**  
<http://www.aie.es/3derechos.htm>
  
- ▶ **SOFTWARE LEGAL**  
<http://www.softwarelegal.org.ar/>
  
- ▶ **SOFTWARE PUBLISHERS ASSOCIATION (SPA)**  
<http://www.spa.org> Inglés)  
<http://www.arturosoria.com>  
<http://www.arturosoria.com>
  
- ▶ **URUGUAY**  
<http://164.73.88.97/>

- ▶ **US PTO - U.S. PATENT AND TRADEMARK OFFICE**  
**UNITED STATES** <http://www.uspto.gov/>
- ▶ **UNESCO ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA**  
<http://www.unesco.org>
- ▶ **US COPYRIGHT OFFICE**  
<http://lcweb.loc.gov/copyright/>
- ▶ **VISUAL ENTIDAD GESTION ARTISTAS PLÁSTICOS**  
<http://www.vegap.es/>
- ▶ **WASHINGTON POST´**  
<http://www.washingtonpost.com>
- ▶ **WORLDWIDE PIRACY INITIATIVE (Inglés)**  
<http://www.piracy.com>

## ▶ OTROS :

---

- ▶ <http://www.uned.es/catedraunesco-ead/publicued/pbc13/pbc13.htm>
- ▶ <http://www.ulpiano.com>
- ▶ [http://www.salon.com/tech/feature/2003/02/01/file\\_trading\\_manifiesto/?x](http://www.salon.com/tech/feature/2003/02/01/file_trading_manifiesto/?x)
- ▶ <http://economics.about.com/gi/dynamic/offsite.html?>
- ▶ <http://www.gigalaw.com>
- ▶ <http://www.bxa.doc.gov/Encrytion/Default.html>
- ▶ [http:// writetheweb.com/Topics/intellectual-property](http://writetheweb.com/Topics/intellectual-property)
- ▶ <http://news.yahoo.com/fc>
- ▶ <http://www.eff.org/IP/P2P/music-to-ours.php>
- ▶ <http://inventors.about.com/libray/inventors/bibillgates.html>
- ▶ <http://www.nwnetworks.com/iehistory.html>
- ▶ <http://www.microsof.com/mscorp/>
- ▶ <http://news.com/2009-1001-274475.html>